

CARLOS VICENTE PÉREZ GIRALDO

LA PENA NATURAL
Una revisión de la teoría de necesidad

**(Maestría en Justicia y Tutela de los Derechos con Énfasis en Ciencias
Penales y Criminológicas)**

Bogotá, D. C., Colombia
2022

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN JUSTICIA Y TUTELA DE LOS DERECHOS CON ÉNFASIS EN
CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS

Rector: **Dr. Hernando Parra Nieto**

Secretaria General: **Dr. José Fernando Rubio Navarro**

Director Departamento de **Dr. Yesid Reyes Alvarado**
Derecho Penal y Criminología

Director de Tesis: **Dr. Fernando Arboleda Ripoll**

Presidente de Tesis: **Dr. Yesid Reyes Alvarado**

Examinadores: **Dr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau**
Dr. Gerardo Barbosa Castillo

Al doctor Jaime Bernal Cuellar

«It is not of course to be supposed that a single counterexample can refute a philosophical thesis, but in the present instance if we can present a plausible counterexample and can in addition give some account or explanation of how and why it is a counterexample, and if we can further offer a theory to back up our counterexample—a theory which will generate an indefinite number of counterexamples—we may at the very least cast considerable light on the original thesis; and possibly, if we can do all these things, we may even incline ourselves to the view that the scope of that thesis was more restricted than we had originally supposed».

John SEARLE, «How to derive “ought” from “is”? »

AGRADECIMIENTOS

Este estudio constituye el trabajo de grado para optar por el título de magíster en Justicia y Tutela de los Derechos con Énfasis en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Por ello, agradezco en primer lugar a la universidad, a los profesores y a mis compañeros por la oportunidad de profundizar en mis estudios de derecho penal.

A mi familia, por contar con su apoyo en todo sentido. Para mis padres este también es el fruto de su esfuerzo, y para mis hermanos menores, el ejemplo de hacer por pasión lo que a uno le gusta y hacerlo con honestidad.

A mi prometida y colega, Camila Pacheco, por acompañarnos en este proceso: es una aventura recorrer juntos el camino académico como un episodio en el escenario de la vida.

Por último, quiero agradecer a los profesores Jaime Bernal, Luisa Caldas y Alexander Andrade por haberme acogido con generosidad en su oficina; y a los profesores Nodier Agudelo y Fernando Arboleda —este último, honroso director de tesis— por fomentar en mí la curiosidad por el derecho penal.

Tabla de contenido

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN.....	1
§1. Objeto.....	1
§2. Metodología	2
§3. Precisiones iniciales.....	4
§4. Estado del arte	6
§5. Principales problemas.....	10
§6. Hipótesis	12
§7. Precisiones finales	16
CAPÍTULO II: EL CONCEPTO DE PENA NATURAL	18
A. ORIGEN DE LA PENA NATURAL	20
§8. La pena natural no se encuentra en el pensamiento antiguo	20
§9. En el Medioevo surgen los presupuestos morales de la pena natural 23	
§10. La pena natural es creación del pensamiento humanista.....	24
§11. Iusnaturalismo racionalista vs. idealismo alemán	31
§12. La regulación positiva de la pena natural aparece en el siglo xx..	40
B. LA PENA NATURAL Y LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS	41
§13. Alemania	41
§14. España	49
§15. Estados Unidos	59
§16. Argentina.....	68
§17. Chile	76
§18. Colombia	80
C. CONCEPTO NORMATIVO DE PENA NATURAL.....	87
§19. Sobre los conceptos de la pena y lo natural	89
§20. Universo de casos.....	94

D. CONCLUSIÓN	102
CAPÍTULO III: PENA NATURAL Y DOGMÁTICA JURÍDICA.....	107
A. PENA NATURAL Y PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL.....	110
§21. Principio de legalidad	110
§22. Principio de culpabilidad	114
§23. Principio de proporcionalidad.....	118
§24. Principio de última <i>ratio</i>	121
B. PENA NATURAL Y TEORÍA DE LOS FINES DE LA PENA	123
§25. Pena natural y retribución	125
§26. Pena natural y prevención	129
§27. Pena natural y expresión del castigo	132
§28. El enfoque comunicativo del fallo.....	135
C. PENA NATURAL Y TEORÍA DE LA NECESIDAD	142
§29. Sentidos lógico y teleológico de <i>necesidad</i>	142
§30. Contenido normativo de la teoría de la necesidad.....	149
CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES	153
BIBLIOGRAFÍA	158

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

§1. Objeto

El propósito de esta investigación es realizar un análisis conceptual y dogmático del instituto jurídico conocido como *pena natural* (del latín *pœna naturalis*), que se encuentra en gran número de ordenamientos jurídicos contemporáneos, consistente *grosso modo* en el reconocimiento por parte del Estado del sufrimiento del autor de una conducta ilícita como causa de modulación (atenuación o eximición) de la pena estatal. Sin embargo, debe reconocerse en primera instancia la alta complejidad del concepto y del contenido normativo de la pena natural porque, para expresarlo en términos lógicos, desde los orígenes, al mismo nombre *pena natural* le han correspondido muy distintas descripciones dentro de la teoría del derecho penal¹ y se ha venido englobando bajo un mismo sintagma nociones incluso antitéticas del mundo².

¹ Cf. Saul KRIPKE. *Naming and necessity*. Harvard University Press. Cambridge (MA), 1980, p. 26. Disponible en: <https://archive.org/details/namingnecessity0000krip/page/n5/mode/2up>

² HOBBS y KANT, los dos filósofos que se citan mayoritariamente como pioneros de la pena natural, hablan, en realidad, de dos cuestiones muy distintas, a saber: HOBBS, del castigo divino, y KANT, de la *pœna naturalis*, de modo que en esta noción se han entremezclado concepciones metafísicas divergentes. Cf. Thomas HOBBS. *Leviatán o la invención moderna de la razón*. Segunda edición. Trad.: Antonio ESCOHOTADO. Editora Nacional. Madrid, 1980. Cf. Immanuel KANT. *La metafísica de las costumbres*. Trad.: Adela CORTINA ORTS y Jesús CONILL SANCHO. Cuarta edición. Editorial Tecnos. Madrid, 2005 (reimpresión 2018).

§2. Metodología

Los métodos del análisis conceptual³ y la dogmática jurídica⁴ se emplean de manera sucesiva, aunque independientes, en razón de su diversidad de objeto (de un lado los conceptos, de otro las categorías⁵); pero también bajo la estimación de que en derecho es útil complementar el método analítico con los juicios dogmáticos⁶. Por lo tanto, los primeros dos capítulos del trabajo buscan establecer el concepto de pena natural y disipar cualquier noción supersticiosa que sirva para fundamentar la institución jurídica, en consonancia con las corrientes en la teoría jurídica que

³ Cf. Ricardo GUASTINI. *Otras distinciones*. (Trads.: Diego DEI VECHI, Pedro CABALLERO ELBERSCI, Alejandro CALCETA). Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2014. Cf. Brian BIX. *Lenguaje, teoría y derecho*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2008.

⁴ Cf. Carlos Arturo GÓMEZ PAVAJEAU. *La dogmática jurídica como ciencia del derecho: sus especies penal y disciplinaria. Necesidad, semejanzas y diferencias*. Segunda edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2017.

⁵ Cf. Isaiah BERLIN. *Conceptos y categorías*. Fondo de Cultura Económica. México, 1983.

⁶ A este respecto, en cuanto a la metodología con que se desarrollará la investigación, se usarán dos métodos independientes, a saber: el análisis conceptual, predominante en la filosofía jurídica anglosajona, y la dogmática jurídica, método por excelencia del derecho continental y latinoamericano; no obstante, el objeto de cada metodología estará separado, así: con el análisis conceptual se determinarán los elementos esenciales de la pena natural, y, a partir de esta conceptualización, se abordarán los problemas dogmáticos referentes a las teorías del delito y de la pena, y se interpretarán las normas del derecho colombiano.

buscan captar los elementos esenciales⁷ con los que se pueda describir un concepto en cualquier mundo posible⁸.

Para tal fin, en el segundo capítulo se hace una exploración de derecho comparado para captar lo dicho por la comunidad jurídica internacional acerca de la pena natural y se analiza de manera particular el caso del ordenamiento jurídico colombiano; asimismo, se sintetiza el universo de casos que componen la pena natural para dar cuenta de los muy distintos supuestos que se agrupan bajo esta figura.

El tercer capítulo consiste en un estudio de las implicaciones de la pena natural a la luz de las distintas teorías que componen el derecho penal, especialmente las teorías del delito y de la pena estatal, con el fin evaluar la coherencia de la institución en términos del sistema dogmático; y se hace una propuesta sobre la ubicación de la pena natural dentro de un modelo de responsabilidad penal.

Por último, se ofrecen unas conclusiones generales de la investigación.

Para la doctrina, la heterogeneidad de casos y la dificultad conceptual de la pena natural pone de manifiesto la debilidad teórica de la institución⁹, motivo por el cual

⁷ Juan Carlos BAYÓN. «¿Cómo se determina el objeto de la jurisprudencia?». En: Jordi FERRER BELTRÁN, José Juan MORESE y Diego PAPAYANNIS (eds.). *Neutralidad y teoría del derecho*. Marcial Pons. Madrid, 2012, p. 19.

⁸ Propiamente en el campo de la filosofía, cf. KRIPKE. *Op. cit.*

⁹ Alfonso RUIZ MIGUEL. «Gracia y justicia: el lugar de la clemencia (En torno a la pena natural)». En: *InDret Penal* (online). Vol. 2. 2018, pp. 1-25, p. 9. «... La pena natural adolece de graves problemas de justificación en parte debidos a la heterogeneidad de las situaciones que la figura puede incluir, pero también y sobre todo a su oscura naturaleza conceptual».

es necesario realizar una indagación general sobre la justificación de la pena natural que sirva como soporte para la decisión judicial en los muy distintos casos posibles. Para tal fin, el teórico no debe proponer conceptos restrictivos de las instituciones que desconozcan las experiencias de los diferentes ordenamientos jurídicos; y, por lo tanto, esta investigación propende por desarrollar un concepto lo suficientemente comprensivo de la pena natural: por este motivo se indaga respecto de los «elementos esenciales»¹⁰.

§3. Precisiones iniciales

Una premisa fundamental de este trabajo es que el derecho se compone de proposiciones, expresadas en lenguaje natural, que pueden ser sometidas al análisis lógico en la medida en que expresan razones de juicio¹¹. Por lo tanto, es primordial la diferenciación entre razones y motivos¹² de la decisión judicial, debido a que son las razones lógicas —al margen de los estados psicológicos del intérprete— el objeto de este estudio. De manera general, esta investigación procura captar el hecho de que se ha hablado de la pena natural por parte de los juristas como un problema presente en distintos ordenamientos jurídicos

¹⁰ Cf. BAYÓN. *Cit.*; KRIPKE. *Cit.* En el mismo sentido, SERRANO, Manuel Francisco. *El concepto de pena natural (poena naturalis) en la doctrina y la jurisprudencia penal*. (Tesis de maestría). Universidad Nacional de Quilmes. Bernal, 2021.

¹¹ Cf. GUASTINI. *Op. cit.*, pp. 84-86.

¹² *Ibid.*

particulares que, de manera conjunta, enseñan sus razonamientos sobre la necesidad de imponer o no el castigo legal en esos eventos¹³.

La pena natural implica el reconocimiento del *sufrimiento* del autor de un hecho ilícito como causa para modular el *castigo* que la ley prevé para su conducta; en consecuencia, a nivel de lenguaje debe advertirse la anfibología que se presenta entre dos acepciones de la palabra *pena*, a saber: de una parte, la pena como *castigo*, y de otra, la pena como *sufrimiento*. Esto explica que se postule el sufrimiento de una persona como causal para atenuar o eximir el castigo estatal, pues ambos fenómenos se pueden calificar como *pena*; no obstante, la pena como sufrimiento solo lo es *latu sensu*, mientras que la pena como castigo estatal lo es *strictu sensu*. En este punto la mayoría de los juristas niega que la pena natural sea una pena realmente, pero algunos aceptan que la pena natural es pena para todos los efectos legales y constitucionales¹⁴. Esta cuestión tiene profundos efectos teóricos, puesto que, si se considera la pena natural como pena para todos los efectos, el razonamiento judicial debe resolver si la imposición de una pena estatal representaría una violación al *non bis in ídem*; en cambio, si se niega la calidad de pena, el problema que surge gira en torno a la necesidad de imponer un castigo estatal.

¹³ De un modo similar: «el punto esencial es tomar en consideración el hecho de que se habla de él, quiénes lo hacen, los lugares y puntos de vista desde donde se habla, las instituciones que a tal cosa incitan y que almacenan y difunden lo que se dice, en una palabra, el “hecho discursivo” global, la “puesta en discurso del sexo”». Cf. Michel FOUCAULT. *Historia de la sexualidad. 1: La voluntad de saber*. 31.ª edición en español. Trad. Ulises GUIÑAZÚ. Siglo Veintiuno Editores. México, 2007.

¹⁴ Especialmente, Raff DONELSON. «Natural Punishment». En: *North Carolina Law Review* (online). No. 100. 2022.

De cualquier manera, aunque las precisiones conceptuales son necesarias, lo relevante es observar que la pena natural abarca hechos que, a pesar de no ser ocasionados por decisión de un tribunal de justicia, de manera intuitiva¹⁵ son percibidos como una pena, tanto en el sentido de sufrimiento como de castigo, y se postula su reconocimiento de cara a la imposición de una pena estatal. La postura acerca de si la pena natural implica aceptar que el sujeto ya fue penado con su sufrimiento, o que este hace menos necesaria la imposición de la pena estatal, depende de los presupuestos metafísicos del intérprete¹⁶, pero los juristas coinciden en el efecto práctico de conceder un beneficio punitivo, bajo ciertas circunstancias, con base en el sufrimiento del autor del delito.

§4. Estado del arte

Las experiencias de cada ordenamiento jurídico particular son muy diversas, y varían tanto en los supuestos que admiten como pena natural como en la consecuencia jurídica que le asignan a este hecho. Por ejemplo, mientras en Alemania la pena natural implica la exclusión de la pena por parte del Estado

¹⁵ DONELSON emplea un concepto intuitivo de la pena natural, apoyado metodológicamente en el «equilibrio reflectivo» de RAWLS, a quien cita: cf. John RAWLS. *A Theory of Justice*. Harvard University Press. Massachusetts, 1999.

¹⁶ Por distintos motivos y de acuerdo con diferentes concepciones del derecho y del mundo, los jueces han considerado que no es justo penar con la pena legal en los casos en que se aplica la pena natural. Los motivos pasan por reconocer que la pena natural es una pena para efectos constitucionales, o por negar esta cualidad y, en ese caso, argumentar conforme la teoría del delito una causal de no responsabilidad, o conforme a la teoría de la pena sostener que es un evento de no necesidad de pena, sin reconocer entonces que hubiera ocurrido una pena jurídica. Las distintas concepciones del derecho abarcan juicios acerca de la retribución, la prevención del delito, el principio de humanidad del castigo, la compasión como motivo de decisión judicial, etc.

(*Absehen von Strafe*)¹⁷, en España se le ha dado el tratamiento de atenuante por analogía¹⁸; y mientras en Colombia, de acuerdo con la corriente mayoritaria, se exige una relación causal entre el delito y la pena natural¹⁹, en Suecia el juez debe tener en cuenta si concurre «cualquier otra circunstancia que requiera que el acusado reciba una pena menor» que la prevista en la ley penal²⁰. Estos eventos se tratan, en realidad, de casos de delitos sin pena (*crimine sine poena*²¹), situación admitida excepcionalmente en los sistemas jurídicos de inspiración liberal, que se diferencia de lo que sería la hipótesis contraria y proscrita del derecho penal vigente, esto es, una pena sin delito, que violaría el principio *nullum poena sine crime*²².

¹⁷ Cf. Claudia LÓPEZ DÍAZ. *Código Penal Alemán (StGB). Del 15 de mayo de 1871, con la sexta reforma del 26 de enero de 1998*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1999.

¹⁸ Tribunal Supremo de España. Sala de lo Penal. *Sentencia del 5 de junio de 2008 (STS 307/2008)*. M.P. Enrique BACIGALUPO ZAPATER.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. *Sentencia del 6 de agosto de 2019 (rad. 52750)*. M.P. Eyder PATIÑO CABRERA.

²⁰ DONELSON. *Op. cit.*, p. 30.

²¹ Este concepto pudiera parecer extraño a KANT, contrario al imperativo de realizar la justicia a través de la pena. Cf. JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Trads.: Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ. Universidad Autónoma de Madrid (inédito). Cf. Luigi FERRAJOLI. *Derecho y razón*. Trads.: Perfecto Andrés IBÁÑEZ, Alfonso RUIZ MIGUEL, Juan Carlos BAYÓN, Juan TERRADILLOS y Rocío CANTARERO. Editorial Trotta. Madrid, 1989, p. 93.

²² En el mismo sentido, Julián NIÑO y Camilo FORERO. «El fundamento de la pena natural». En: *Revista General de Derecho Penal*. No. 22. 2014, p. 1.

Afortunadamente, en la última década la pena natural ha recibido mayor atención por parte de los estudiosos del derecho, y se han publicado trabajos en español²³, inglés²⁴ y alemán²⁵ acerca de la figura, en contraste con los grandes estudios generales del derecho penal, que no suelen ahondar en el tema²⁶.

Con todo, la doctrina propone conceptos muy distintos —y a veces contradictorios— de la pena natural, signo de que la teoría se construye exprofeso para resolver ciertos casos o para explicar determinada legislación particular y, por lo tanto, destinada a ofrecer conclusiones parciales sobre el tema. Las concepciones de la

²³ Cf. Carlos BOBADILLA BARRA. «La “pena natural”: fundamentos, límites y posible aplicación en el derecho chileno». En: *Política criminal* (online). Vol. 11, No. 22. Santiago, 2016, pp. 548-619. Cf. Jesús María SILVA SÁNCHEZ. «¿Puede considerarse el remordimiento una ‘poena naturalis’?». En: *InDret Penal* (online). Vol. 2. 2016, pp. 1-3. Cf. RUIZ MIGUEL. *Op. Cit.* Cf. Juan Camilo BOADA ACOSTA. «La pena natural en el ordenamiento jurídico colombiano. Comentarios a la sentencia del 6 de agosto de 2019 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, radicado 52750. M.P. Eyder Patiño Cabrera». En: *Nuevo Foro Penal* (online). Vol. 15, No. 93. 2019, pp. 263-280. Cf. SERRANO. *Op. Cit.*

²⁴ DONELSON. *Op. cit.*

²⁵ Sabrina SPROTTE. *Die poena naturalis im Straf-und Strafzumessungsrecht*. Peter Lang. Frankfurt, 2013.

²⁶ Se echa de menos el desarrollo directo de la pena natural en Claus ROXIN. *Derecho Penal: parte general*. Tomos I y II. (Trad.: Diego Manuel LUZÓN PEÑA). Civitas. Madrid, 1997; al igual que en Günther JAKOBS. *Derecho Penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Segunda edición. Trads. Joaquín CUELLO Contreras y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO. Marcial Pons, Madrid, 1997. Lo trata brevemente, en el contexto colombiano, Fernando VELÁSQUEZ. *Derecho Penal: parte general*. Comlibros. Bogotá, 2009. En cambio, sí tratan la pena natural en sus obras generales, en el contexto alemán, Hans-Heinrich JESCHECK, y Thomas WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. Volúmenes I y II. Instituto Pacífico. Lima, 2014; y en el latinoamericano, Eugenio Raúl ZAFFARONI, Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR. *Derecho Penal: parte general*. Segunda edición. Ediar. Buenos Aires, 2002.

pena natural que se derivan de las intuiciones²⁷ sobre la naturaleza y sobre el castigo deben ser sometidas a un riguroso análisis con el fin de verificar su racionalidad en términos de coherencia teórica y correspondencia con las prácticas de los juristas.

También debe tenerse en cuenta el estado actual de la teoría del derecho penal bajo el que se desarrolla este trabajo. En términos generales, el esquema LIZST-BELING²⁸ se sigue utilizando como parámetro de interpretación legal, con las correcciones que la moderna teoría del delito²⁹ ha hecho en punto del principio de culpabilidad y de imputación del comportamiento³⁰; no obstante, aun existe controversia acerca de la ubicación dogmática de la necesidad y el merecimiento de pena dentro de la hermenéutica de la responsabilidad penal³¹, a la par que los estudios recientes sobre el ser humano invitan a formular los fundamentos del castigo estatal acorde con el pensamiento científico³². Esto impacta directamente en el estudio de la pena natural en la medida en que, al suponer conceptualmente la responsabilidad por una conducta punible, tradicionalmente se ha entendido que se trata de un problema de punibilidad, a pesar de que, por regla general, los ordenamientos jurídicos han aplicado la pena natural mediante la cesación del procedimiento por oportunidad o exclusión de la pena en la sentencia; tradición que

²⁷ Por ejemplo, la definición DONELSON. *Op. cit.*

²⁸ Cf. ZAFFARONI et. al. *Op. cit.*, pp. 380 y ss.

²⁹ Cf. ROXIN. *Op. Cit.*, pp. 196 y ss.

³⁰ Cf. Wolfgang FRISCH. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Trads.: Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO. Marcial Pons. Madrid, 2004.

³¹ ROXIN. *Op. Cit.*, pp. 980 y ss.

³² Cf. Carlos Arturo GÓMEZ PAVAJEAU, Carolina GUTIÉRREZ DE PIÑERES BOTERO y Rafael VALLE OÑATE (directores). *Opúsculos de neuroantropología filosófica: La materia prima del derecho penal y disciplinario*. Tomo I. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, 2020.

sigue en el caso colombiano la Corte Suprema de Justicia, que en su aplicación de la pena natural ha mantenido la declaratoria de responsabilidad, pero renunciado a la pena de prisión en un caso de homicidio imprudente. Visto desde otra perspectiva, si la necesidad de pena es un elemento de la responsabilidad penal —y teniendo en cuenta que la pena natural es un problema eminentemente de necesidad—, sería procedente, si se trata de una pena natural muy grave, cesar el procedimiento por vía de preclusión, o absolver en el fallo. En todo caso, cada respuesta debe ser analizada desde la dogmática, la política criminal y la configuración del derecho penal alrededor del principio democrático³³.

§5. Principales problemas

La principal dificultad conceptual de la pena natural está en responder de qué manera una pena puede ser natural, pues de acuerdo con el uso normal de las palabras, una pena es un castigo intencional, o sea que por definición no ocurre de manera natural³⁴. Pero, comoquiera que los ordenamientos jurídicos han incorporado de manera formal el sintagma *pena natural*, no se puede concluir simplemente que se trate de un concepto antitético, sino que corresponde desentrañar el sentido normativo de la institución que describa su función en términos del sistema jurídico³⁵. Por lo tanto, la orientación de la investigación busca coherencia tanto conceptual como práctica, de modo que se logre definir los fenómenos con base en los hechos, y por este motivo las definiciones restrictivas

³³ Al respecto, v. *infra.*, capítulo II.

³⁴ RUIZ MIGUEL resume bastante bien el problema: «Si es pena no es natural y si es natural no es pena». *Op. cit.*, p. 9.

³⁵ Cf. H. L. A. HART. *El concepto de derecho*. Trad. Genaro R. CARRIÓ. Tercera edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2015.

de la pena natural no captan las proporciones globales de la institución al pretender reducirlo a un concepto parcial o a la experiencia de un ordenamiento jurídico particular³⁶. Por tal motivo conviene no dar ninguna conclusión por supuesta antes de efectuar el análisis conceptual.

A pesar de que la pena natural no genera resistencia en legisladores y juristas para ser reconocida dentro del canon del derecho penal contemporáneo, y teniendo una trayectoria en el pensamiento occidental que se remonta —cuando menos— a HOBBS y a KANT³⁷; no obstante, sí surgen problemas en su aplicación, especialmente en cuanto a: 1. Su origen y adaptación normativa en los distintos países; 2. La naturaleza de los delitos en que se admite, 3. La tipología de los daños que deben ocurrir como consecuencia o aparejados a aquellos, 4. Los sujetos a quienes pueden alcanzar estos efectos para que se reconozca la pena natural, y 5. El momento en el cual puede ser alegada la pena natural, bien inmediatamente después del delito, después de este pero antes del juicio, o en cualquier momento en que surja una circunstancia que haga extravagante la pena estatal, antes o después de la condena³⁸. También existe debate sobre la justificación de esta

³⁶ Así, entendemos los ordenamientos particulares como mundos posibles que ayudan a comprender lo que, al coincidir con los demás ordenamientos posibles, resulta lógicamente esencial de la institución. Cf. KRIPKE. *Cit.*

³⁷ En contra, RUIZ MIGUEL. *Op. cit.*, pp. 10-11; también recogido por BOADA. *Op. Cit.*, p. 270.

³⁸ Y a ese respecto ingresan los problemas relativos a las dilaciones injustificadas en el juicio; la consideración de la medida de aseguramiento como pena natural; y los eventos de enfermedad o daño ocurrido después de la condena. Detrás de estas cuestiones, que técnicamente corresponderían unas a la teoría del delito, otras a la teoría de la necesidad de la pena, y otras a la punibilidad o a la ejecución de la pena, es la siguiente, a saber: ¿debe existir unidad teórica entre la teoría de la responsabilidad penal y la ejecución de la pena?, o más aún, ¿debe considerarse todo castigo en sentido *lato*, antes o después de la condena, de acuerdo con la teoría de la pena?

institución en el derecho actual, es decir, no hay consenso sobre el fundamento racional para reducir el castigo a la luz de la teoría de la pena, y al respecto se discute si es una pena conforme las teorías de los fines de la pena, o si corresponde a un evento de no necesidad o no merecimiento de pena estatal.

§6. Hipótesis

Nuestra hipótesis consiste en afirmar que, en estricto sentido, el problema de la pena natural se reduce a la *pœna physica*³⁹, cuyo reconocimiento se encuentra admitido mayoritariamente en el mundo occidental⁴⁰; pero, visto desde una perspectiva general, las discusiones en torno al reconocimiento de la pena natural se desbordan más allá de la *pœna physica* y la *pœna moralis*⁴¹, hasta abarcar las proporciones de todos los sufrimientos que puede padecer el autor de un delito distintos a la pena estatal, y con base en los cuales el Estado puede aligerar la pena que al autor le correspondería por ley. Una interpretación restrictiva del problema ha pretendido limitar la pena natural al concepto metafísico de *pœna naturalis*, es decir aquella que se asume causalmente con el delito⁴², pero —en contra del

³⁹ Cf. Jesús María SILVA SÁNCHEZ. *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho Penal. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona, 2018.* Citado por SERRANO. *Cit.*, p. 22.

⁴⁰ Así, de manera general, aunque no todos los países tienen desarrollada la pena natural en su derecho positivo, en la mayoría de países de América Latina, Europa y Estados Unidos se reconoce, al menos, la pena física en el autor, y algunos ordenamientos admiten para estos efectos otro tipo de penas en sentido de dolor.

⁴¹ V. *supra*, nota 39.

⁴² Cf. SILVA SÁNCHEZ. *Malum passionis...*

enfoque mayoritario⁴³— nuestro punto de partida amplía el espectro de investigación al concepto de *pœna non forensis* por dos motivos, a saber: 1. El estudio del derecho penal se centra en la definición de las penas jurídicas (*pœnæ forensis*) en la medida en que corresponde al objeto de las normas penales⁴⁴, de modo que el concepto central del estudio no debe ser la *pena natural* como categoría externa al derecho penal, sino como institución jurídica que la diferencia de la *pena estatal*; y 2. Una definición de pena natural que atienda a criterios no normativos, como la causalidad o la naturaleza, implica un objeto de estudio que no se examina de acuerdo con las herramientas metodológicas del jurista, en abandono del análisis de las normas penales por la asunción de concepciones

⁴³ Manifiestamente en contra, RUIZ MIGUEL. *Op. Cit.*, p. 10. «Solo desde una difícilmente explicable dicotomía según la cual todo daño que no es pena forense es pena natural se puede sostener la tesis del TS [Tribunal de Justicia] español de que las dilaciones indebidas son una forma de pena natural o una figura equivalente a ella». A favor de esta opinión, el propio Tribunal Supremo español, Cf. *Sentencia del 27 de diciembre de 2004 (STS1387/2004)*. M.P. GIMÉNEZ GARCÍA.; doctrina que RUIZ MIGUEL llama «extravagante» (Cf. *Op. Cit.*, p. 9, también nota al pie n.º 34). Al respecto, en contra de lo pretendido por este doctrinante, es necesario aclarar la función epistemológica de la investigación jurídica, consistente en recoger las opiniones de los juristas para determinar las normas válidas en cada sistema, y no en solo revisar la justicia de las decisiones conforme las preferencias metafísicas del intérprete. En ese sentido: ¿qué diferencia marca para la existencia de la norma el hecho de que un jurista particular no esté de acuerdo con su justificación interna? Cf. GUASTINI. *Cit.*, pp. 339 y ss.

⁴⁴ Cf. John AUSTIN. *El objeto de la jurisprudencia*. Trad.: Juan Ramón PÁRAMO ARGÜELLES. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002.

metafísicas que comprometen la fiabilidad del concepto normativo⁴⁵. Por estos motivos se identifican en el presente estudio *pœna naturalis* y *pœna non forensis*⁴⁶.

En consecuencia, es necesario asumir la complejidad del problema en sus reales dimensiones, esto es, la cuestión respecto de si es justo penar a una persona que ha sufrido daños considerables distintos a los previstos en la ley penal como pena o, lo que es igual, si el hecho de que el autor de una conducta prohibida sufra daños distintos a la sanción legal afecta la legitimidad de imponerla⁴⁷. Desde esta perspectiva, dentro del problema de la pena natural están incluidos no solamente los daños que sufre, por ejemplo, el autor de un delito que se perjudica en los

⁴⁵ De esa manera, los distintos conceptos de pena natural que se encuentran en la doctrina no son incompatibles, sino que responden a las muy diversas y complejas realidades del sufrimiento humano y de la justicia penal, en un fenómeno más amplio que el de la mera causalidad nociva del acto ilícito (que de suyo implica predisposiciones valorativas en torno a la causalidad misma), consistente en los sufrimientos que padece el autor del delito por causas distintas a la pena estatal, *i. e.*, *pœnæ non forensis*.

⁴⁶ La mejor estrategia para enfrentar los muy distintos casos reales en que se discute la pena natural conlleva definir el problema de manera negativa a partir del objeto del derecho penal, es decir la pena estatal, y por lo tanto la pena natural como objeto de estudio equivale al fenómeno de la *pœna non forensis* o de la pena no estatal. Esta cuestión desafía la teoría jurídica a encontrar los prejuicios de los intérpretes sobre el castigo divino o natural, quienes bajo distintos argumentos han equiparado a la pena como sufrimiento con la pena como castigo.

⁴⁷ Vemos cómo se estructura un presupuesto metafísico de la pena en la pena natural, a saber: que la pena es un mal, pero, *a contrario*, se sugiere que para el autor es un bien; no obstante, si en vez de bien, se convierte en otro mal para el autor, entonces pareciera que no fuera consecuente imponer un castigo, porque «no se salió con la suya». Esto repercute en los razonamientos sobre la retribución y, como se explica más adelante, es una intuición incorrecta, o por lo menos no es la que justifica la imposición de la pena legal, sino que es propia de retribuciones simples, más cercanas a la venganza.

momentos inmediatos al delito⁴⁸, sino todas las hipótesis que se pueden oponer como una afectación en la vida de la persona y con base en las cuales reclama que se reconozca que su padecimiento conlleva una variación en la pretensión punitiva del Estado, que puede ser de muy distintos tipos, que van desde la absolución hasta la condena por encima del límite legal, pero que por definición excluye la imposición de la pena legal⁴⁹. Reporta mayor interés entonces analizar por qué los eventos de la vida de la persona distintos a la conducta juridicopenalmente relevante habrían de variar la imposición de la pena legal, lo cual cobra mayor importancia si se tiene en cuenta los esfuerzos del derecho penal liberal por proscribir el derecho que consulte en la vida o la personalidad del sujeto⁵⁰.

⁴⁸ Desde ahora se advierte que la pena natural está orientada normalmente por un sesgo causal por parte de los teóricos, y así, exigen que sean causales con el delito los daños que se entienden como pena natural; no obstante, en nuestra opinión esto refleja una concepción más profunda sobre la relación temporal, y es que se proscribe, por regla general, el reconocimiento de daños anteriores al delito; algo que esta investigación se cuestiona en detalle, pero que acá empezamos a llamar la barrera temporal, es decir: los momentos inmediatos (posteriores). Por ejemplo, se puede plantear el caso del ladrón que sufre una herida antes de robar, pero aún así roba. ¿Es esto reconocible como pena natural? Normalmente se dice que no, pero si lo hubiera sufrido después, se diría que sí: ¿por qué, si en ambos casos hay un ladrón, una víctima, y un herido (el ladrón mismo)? ¿Por qué, si en ambos casos, la herida tiene relación causal con el delito, pues si no hubiera ido a robar en un principio no se hubiera herido en ninguno de los casos?

⁴⁹ Por ejemplo, se ha utilizado en la historia de Estados Unidos para agravar la imposición de la pena; no obstante, esta práctica está proscribida y no encuentra ninguna justificación en el derecho vigente para aplicarse. Hoy, por regla general, la pena natural implica exclusivamente variaciones benéficas del castigo. Cf. DONELSON. *Cit.*

⁵⁰ Entonces se puede vislumbrar que, en efecto, el sentido de esta investigación cuestiona el reconocimiento de la pena natural como circunstancia benéfica para el autor como una muestra de derecho penal de autor que, aunque por motivos benéficos para el procesado, resultan paternalistas y no tratan en toda la dignidad e igualdad al sujeto responsable, creando el problema de la legitimación de una pena inferior.

§7. Precisiones finales

Debe tenerse en cuenta que esta investigación corresponde a un trabajo de teoría jurídica que se desarrolla en idioma español y dentro del contexto latinoamericano, especialmente en el ámbito del derecho colombiano. En esa medida, sin renunciar a las pretensiones generales del estudio, las preocupaciones que aquí se ven reflejadas y las conclusiones a las que se arriba están condicionadas por la realidad social en que surgieron. De ese modo, por ejemplo, a un observador externo le puede parecer llamativo que se discuta si las precarias condiciones carcelarias de Colombia pueden ser consideradas una pena natural, pero son preguntas que los juristas locales deben responder para determinar de qué manera pueden ser justas las penas en un estado jurídico irregular que los jueces han denominado estado de cosas inconstitucionales⁵¹. Por otra parte, atendiendo a que el derecho se compone de proposiciones normativas⁵², que en el caso del derecho colombiano están en español, se recurre a las autoridades de este idioma, cuyas opiniones resultan igualmente aplicables a todo el ámbito de la cultura jurídica en lengua hispana.

La pena natural refleja ciertas concepciones ancladas en la infraestructura del pensamiento penal y permite, por contraste o analogía, analizar los fundamentos del delito y de la pena estatal a través de una circunstancia que no corresponde en lo absoluto a la de una pena de ese tipo. Esto resulta paradójico, pues, sin ser un

⁵¹ Cf. Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-153 del 28 de abril de 1998*. M.P. Eduardo CIFUENTES MUÑOZ.

⁵² Cf. Pedro CABALLERO ELBERSKI. «Notas introductorias». En: Riccardo GUASTINI. *Otras distinciones*. Trads.: Diego DEI VECCHI, Pedro CABALLERO ELBERSKI y Alejandro CALZETTA. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2014, pp. 13-65.

evento de delito seguido de pena de manera ordinaria (sino apenas un evento anómalo en el que existe un delito, pero a veces no existe pena, e incluso muchas veces para efectos prácticos también se descarta el delito), explicar el funcionamiento de la pena natural implica confrontar la estructura general de la dogmática jurídicopenal. Ese es el motivo por el que esta investigación se plantea como una revisión de la teoría de la pena. No obstante, debe tenerse en cuenta la naturaleza residual de la figura, es decir su poca ocurrencia en la práctica, de manera que el estudioso se encuentra ante una figura excepcional tanto por las hipótesis que trata como por el efecto que prevé. Por lo tanto, a pesar de que el trabajo está dirigido hacia ese fin, las conclusiones a las que pueda arribar esta investigación sobre el estado actual de la dogmática penal en punto de la coherencia entre la teoría del delito y la teoría de la pena deben ser vistas con sospecha hasta que sean integradas a un trabajo de mayor alcance y envergadura⁵³.

⁵³ De un modo similar ha procedido en la filosofía SEARLE al cuestionar con un solo ejemplo particular el estado general del problema del deber ser. Cf. SEARLE, John. «How to derive “ought” from “is”? ». En: *The Philosophical Review*. Vol. 73, No. 1 (ene., 1964), pp. 43-58. Duke University Press.

CAPÍTULO II: EL CONCEPTO DE PENA NATURAL

Con el fin de ofrecer una explicación organizada, en primer lugar reseñaremos los orígenes de la pena natural, para lo cual habremos de indagar tanto en la historia de la cultura y del pensamiento como en la historia del derecho penal. Al respecto se sostiene que, aunque el problema de resultar gravemente afectado el autor con su propio delito es tan antiguo como la civilización europea, la aceptación de esta circunstancia como causa modificatoria de la responsabilidad penal⁵⁴ es una creación del derecho de la edad moderna, con orígenes en el humanismo y el racionalismo filosófico⁵⁵, de manera que se rechazan las nociones supersticiosas o místicas para fundamentar la pena natural.

Para estudiar de manera apropiada la pena natural se requiere mediana claridad sobre ciertos conceptos que designan la forma en que entendemos la relación entre

⁵⁴ Al respecto, conviene anticipar que la naturaleza jurídica de la pena natural es distinta dependiendo del tratamiento particular, y así, a veces se reconoce como una verdadera causa de ausencia de responsabilidad (y dentro de ella, la mayoría propone que es una causa de ausencia de culpabilidad, aunque otros la califican como causal de no necesidad de pena), también se puede reconocer como atenuante, pero incluso se ha llegado a considerar un agravante. Debido a que la experiencia enseña que el efecto de la pena natural es modificar la punibilidad, incluso hasta el punto de declararse la no responsabilidad, se opta por la expresión «causa moduladora de la pena», haciendo salvedad de que la pena natural como institución jurídica se ve reflejada en problemas que corresponden a lo que tradicionalmente se estudia dentro de campos limitados de la dogmática penal, y así afecta tanto las teorías del delito y de la pena como, de manera más general, la de la responsabilidad penal, e incluso la punibilidad, atendiendo a los alcances de cada teoría dentro del derecho penal. Al respecto, v. *infra*, capítulo III.

⁵⁵ Cf. RUIZ MIGUEL. *Cit.*

el derecho y la naturaleza, o entre el derecho y el mundo⁵⁶. Por ese motivo, se hará una exploración sobre las intuiciones o las ideas que el lenguaje natural proporciona acerca de la pena, la naturaleza y el derecho, decantadas por el análisis lógico del lenguaje, con el fin de evidenciar los múltiples enfoques que se puede plantear frente a la pena natural, y también señalar sus distintas acepciones.

Las exploraciones en el lenguaje se realizan bajo la premisa de que la forma en que se habla de las instituciones influye en las prácticas de los participantes en el sistema jurídico⁵⁷, por lo cual se debe evitar el uso de nombres confusos o que generen grandes problemas entre los intérpretes. Por lo tanto, se debe depurar el concepto de pena natural en el sentido de responder acerca de si es o no una pena en sentido jurídico. Si lo fuera, es posible que sea adecuado llamarla *pena natural*, e incluso sea lógico descontarla de la pena legal⁵⁸; si no lo fuera, entonces se trata de la *pena* como una noción anfibológica del ordenamiento jurídico, a saber, ora como *pena estatal*, ora como *pena natural*. Si esto fuera demasiado problemático, sería mejor denominar a la institución con otro nombre, como se hace en Alemania («exclusión de pena» o de otra forma⁵⁹); aunque en este estudio se defiende el uso de la expresión *pena natural* en tanto descendiente del latín *pœna naturalis* y heredera de la tradición de pensamiento que bajo ese sintagma ha estudiado la institución.

⁵⁶ Cf. Rodrigo CALDERÓN ASTETE e Inés MARTÍNEZ MONTENEGRO. «Naturaleza y derecho. Pensar lo real más allá de la causalidad y la imputación». En: *Revista de la Facultad de Derecho*. No. 49 (jul-dic, 2020). ISSN: 2301-0665.

⁵⁷ Cf. John L. AUSTIN. *Cómo hacer cosas con palabras: palabras y acciones*. Paidós Ibérica. Barcelona, 1990.

⁵⁸ Puesto que, en ese caso, se trataría de una pena en términos constitucionales, como propone DONALDSON. Cf. *Op. cit.*

⁵⁹ Por ejemplo, como propone SILVA SÁNCHEZ. V. *infra*. § 13.

Luego se analizará el concepto de pena natural de acuerdo con dos acepciones particulares dentro del derecho: 1. La pena natural como supuesto de hecho normativo, y 2. Como norma o institución jurídica. De esa manera se expondrá la relevancia normativa de la pena natural circunscrita a la decisión respecto de problemas jurídicos.

Aclarado el funcionamiento de la pena natural en el sistema jurídico, se procederá a analizarla como categoría jurídica. En este apartado se analizará su ubicación en la dogmática jurídica y su relación con otros dogmas, con el fin de analizar un concepto transversal a las instituciones jurídicas, a saber: su naturaleza. Sin embargo, el estudio detallado de la dogmática penal corresponde al capítulo siguiente.

A. ORIGEN DE LA PENA NATURAL

§8. La pena natural no se encuentra en el pensamiento antiguo

El hecho de resultar afectado el propio autor del delito con su conducta ya se encuentra en la Antigüedad, aunque no parece que para los antiguos esto fuera una causa de indulgencia o compasión punitiva⁶⁰. En *Edipo rey*⁶¹, el desgraciado Edipo se encuentra con un hombre en el camino, a quien mata sin saber que se trata de su padre, Layo, rey de Tebas. Años después, Edipo reina en Tebas con su esposa,

⁶⁰ En este apartado uso la expresión «delito» como genérica para designar el actuar ilícito. Sobre este uso y su relación con la categoría *crimen* en la antigüedad, v. Juan IGLESIAS. *Derecho romano*. 22.^a edición. Ariel Derecho. Madrid, 2014, pp. 415 y ss.

⁶¹ SÓFOCLES. *Edipo, rey*. Trad.: Fernando Segundo BRIEVA. Editorial Edaf. Lima, 2004.

Yocasta, inocente de ser el hombre que dio muerte a su padre y ahora cohabita con su madre; pero cuando el pueblo descubre que su nuevo rey es, en realidad, un parricida, lo destierra sin compasión, ante lo cual Edipo no opone ninguna defensa en el sentido de haberlo hecho sin culpa⁶², y de arrastrar él mismo con la desgracia del parricidio y del incesto⁶³. De manera que para los griegos no existe una idea como la de la pena natural, ni son las paradojas de la vida causa de clemencia del castigo por el hecho prohibido, posiblemente influidos por la idea de destino que gobierna a los hombres, y por encima de ellos, los dioses, que también se encargan de hacer la justicia⁶⁴. La comprensión clásica acerca de la fortuna y el destino, según la cual aquello que ensalza la vida de los hombres también resulta por condenarlos, que los griegos llamaban ὕβρις⁶⁵, impide inhibir o aligerar el castigo merecido⁶⁶. Por otra parte, no es el Edipo rey, sino el pordiosero de *Edipo en Colono* el que se lamenta: «Yo nada podía hacer. Los dioses me cogieron en una trampa que no había previsto»⁶⁷.

RUIZ MIGUEL ha sintetizado el desarrollo histórico de los presupuestos morales de la pena natural a partir del estudio de las ideas de gracia y clemencia⁶⁸. El derecho de

⁶² Michel FOUCAULT. *La verdad y las formas jurídicas*. Trad. Enrique LYNCH. Gedisa. México, 1980.

⁶³ Sobre la interpretación epistemológica de este relato en el derecho, Ibid. Tercera conferencia.

⁶⁴ Tanto griegos como romanos conocieron a las deidades de la venganza y el castigo por matar a un hombre: Poine, en la mitología griega, y Poena, en la romana, podían vengar a los muertos.

⁶⁵ Frederick COPLESTON. *Grecia y Roma. Historia de la filosofía I*. Trad.: Juan Manuel GARCÍA DE LA MORA. Ariel. Madrid, 2011.

⁶⁶ Por otra parte, ya los griegos conocieron del castigo eterno, que mientras más desproporcionado, más épico hace al héroe. Cf. Albert CAMUS. *El mito de Sísifo*. Trad. Luis ECHÁVARRI. Alianza. Madrid, 1996.

⁶⁷ Cf. FOUCAULT. *La verdad... Op. cit.*, conferencia II.

⁶⁸ Cf. RUIZ MIGUEL. *Op. cit.*

gracia —sostiene este autor— puede justificarse al amparo de “la equidad, la clemencia y la utilidad pública”⁶⁹. Con la equidad, la gracia es compatible con la justicia, entendida como justicia moderada; en la clemencia, “la gracia se presenta en contraste con la justicia y la igualdad”, por lo cual es inadmisiblesalvo regulación especial “de algunos supuestos”⁷⁰; mientras que bajo la utilidad pública se justifica “por motivos de especial necesidad”⁷¹.

Como se ha anotado, en el pensamiento previo al Cristianismo el sufrimiento del autor de un hecho ilícito no se considera causa para morigerar la justicia. Para ARISTÓTELES “compadecerse de quien merece su mal o rebajar sobre lo que es de justicia, sería un signo de servilismo, el vicio opuesto a la magnanimidad”⁷², pues el magnánimo se comporta de acuerdo con el justo medio, “mientras que los otros se exceden o se disminuyen”⁷³. En *De clementia*, SÉNECA también sostiene una idea de justicia tendiente a la equidad y rechaza la compasión como causa de mitigación de la justicia, a la que llama “vicio de pusilánimes”⁷⁴.

⁶⁹ Ibid., p. 1.

⁷⁰ Ibid. Resulta paradójico que los teóricos insistan en lo excepcional de la gracia, pero a la vez exista una multiplicidad de casos muy distintos; y así, las teorías construidas para ciertos casos o *tropos*, no responden a una sistemática de la figura.

⁷¹ Ibid. En situaciones de justicia restaurativa o transicional, cf. Carlos Vicente PÉREZ GIRALDO. «La función superadora del derecho: a propósito de la transición en Colombia». En: *Segundas Jornadas Internacionales de Política y Derecho*. Universidad de Ibagué. Ibagué, 2019.

⁷² RUIZ MIGUEL. Op. cit., p. 3.

⁷³ ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Trad. Salvador RUS RUFINO y Joaquín E. MEABE. Tecnos. Madrid, 2009, p. 157.

⁷⁴ RUIZ MIGUEL. *Cit.*, p. 3.

§9. En el Medioevo surgen los presupuestos morales de la pena natural

En cambio, en la Edad Media ANSELMO DE CANTERBURY se preguntaba:

«¿Por qué, entonces, buen Dios —bueno con los buenos y los malos, por qué Tú salvas a los que son malos si eso no es justo y Tú no haces nada que no sea justo?»⁷⁵

Esta cuestión refleja la preocupación de la teología cristiana por demostrar la compatibilidad entre compasión y justicia divina⁷⁶. Sin embargo, en esta época todavía no aparece la conceptualización de la pena natural, ni mucho menos la aplicación de normas atenuantes, sino el período de la Inquisición, caracterizado por la falta de garantías jurídicas y la severidad de las penas⁷⁷.

Es importante señalar, asimismo, que la apertura a la compasión no es exclusiva de la cultura cristiana medieval, pues en *Las mil y una noches* se encuentra una idea similar a la de ANSELMO:

«Al escucharla, le dije: “¡Por Alá!, no lo hagas, puesto que el señor de los proverbios dijo: ‘¡Oh benefactor que colmas con tus buenas acciones a un

⁷⁵ ANSELMO DE CANTERBURY. «Proslogium». Trad. HOPKINS/RICHARSON. En: *Complete Philosophical and Theological Treatises of Anselm of Canterbury*. The Arthur J. Banning Press. Minneapolis, 2000. Citado por RUIZ MIGUEL. *Op. cit.*, p. 3.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Cf. Carlos Arturo GÓMEZ PAVAJEAU. *Derecho penal en la Edad Media*. Segunda edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2012.

hombre indigno!’ Debes saber que el criminal es suficientemente castigado por su mismo crimen”»⁷⁸.

Esta cita contiene tanto las nociones de compasión que se evidencian en el Cristianismo, como la idea, afín a KANT⁷⁹, de que el autor se castiga a sí mismo con el delito⁸⁰.

§10. La pena natural es creación del pensamiento humanista

Hasta antes de KANT, la palabra *pœna* designaba sin duda al castigo como consecuencia del delito; pero no existía diferencia entre la pena infligida por una autoridad pública (debido a que el Estado moderno estaba aún en ciernes) y cualquier otro tipo de castigo. De hecho, en el contexto de la Edad Media⁸¹, tanto *pœna* como *castigo* se usaban en el sentido de las admoniciones divinas. De ese modo, *pœna* comprendía tanto los fenómenos políticos materiales como las supersticiones religiosas respecto de la función del dolor como camino de expiación del pecado, en un contexto en que la situación jurídica y religiosa estaban

⁷⁸ *Las mil y una noches*. Tomo I. Trads. Eugenio SANZ DEL VALLE, Luis AGUIRRE PRADO y Alfredo DOMÍNGUEZ. Nauta. Madrid, 1967.

⁷⁹ “Por tanto, cualquier daño inmerecido que ocasionas a otro en el pueblo, te lo haces a ti mismo. Si le injurias, te injurias a ti mismo; si le robas, te robas a ti mismo; si le pegas, te pegas a ti mismo; si le matas, te matas a ti mismo.” KANT. *Op. cit.*, p. 167.

⁸⁰ En todo caso, para honrar el rigor académico, es necesario determinar la datación de este pasaje, pues los relatos de *Las mil y una noche* se fueron agregando al canon actual con los siglos; sin embargo, es fiel evidencia de esta idea en la cultura musulmana.

⁸¹ Cf. Etimología de *castigo*. Joan COROMINAS. *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*. A-CA. Editorial Gredos. Madrid, 1985, p. 916.

confundidas, motivo por el cual liberar el alma del pecado también libraba al cuerpo del suplicio⁸².

Por eso, contrario a las extendidas críticas de la doctrina al nombre *pœna naturalis*, el aporte de KANT de introducir esta noción es adecuada con la historia del pensamiento y así debe ser comprendida en la ciencia jurídica actual. Más adelante se revisará la etimología de *pena*⁸³ para tratar de comprender por qué en la edad moderna KANT las conjugó en la noción de *pœna naturalis*; y determinar hasta qué punto esta expresión tiene raíces en la historia de la cultura.

HOBBS (siglo XVII), en *Leviatán*, al estudiar la noción de castigo, concluyó que ciertas acciones conllevan daños para el agente que son “castigo divino”, “infligido por Dios, que es el autor de la naturaleza”, pero no se pueden llamar “pena con respecto a los hombres, pues no es infligido por la autoridad de hombre alguno”⁸⁴.

“De la definición de pena deduzco (...) En sexto lugar, por más que a ciertas acciones se vinculen por naturaleza diversas consecuencias dañinas (como cuando un hombre es muerto o herido en el acto de asaltar a otro; o cuando cae enfermo por realizar algún acto vil ilegal), aunque tal perjuicio puede considerarse infligido por Dios, que es el autor de la naturaleza, y ser así un castigo divino, no está contenido en el nombre de pena con respecto a los hombres, pues no es infligido por la autoridad de hombre alguno.”⁸⁵

⁸² Cf. Veronica ORAZI. «La disputa del alma y el cuerpo a la luz de la hermenéutica bíblica». En: *Actas XIII Congreso AIH* (Tomo I). Centro Virtual Cervantes.

⁸³ V. *infra*. § 18.

⁸⁴ HOBBS. *Cit.*, pp. 387-388.

⁸⁵ *Ibid.*

Pero hasta donde se han estudiado los registros, fue KANT (siglo XVIII) el primero en enunciar la construcción *pœna naturalis* en *Metafísica de las costumbres*; aunque, como bien señala RUIZ MIGUEL⁸⁶, ello no significa que KANT hubiera reconocido que la pena natural fuera causa de eximición del castigo estatal. En realidad, la cita de KANT que unánimemente recoge la doctrina menciona la pena natural con tres finalidades: (1) Definirla de manera breve, (2) Diferenciarla de la pena estatal, y (3) Afirmar que el legislador no la tiene en cuenta “para nada” en relación con la pena estatal.

“La *pena judicial* (*pœna forensis*), distinta de la *natural* (*pœna naturalis*), por la que el vicio se castiga a sí mismo y que el legislador no tiene en cuenta en absoluto, no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo *porque ha delinquido*”.⁸⁷

Por lo tanto, una lectura estricta de este pasaje solo permite llegar a tres conclusiones: (1) La pena natural es distinta de la pena forense; (2) La pena natural es el castigo “a través del cual el vicio se castiga a sí mismo”⁸⁸; y (3) El legislador no la tiene en cuenta “en absoluto”⁸⁹. Esta última conclusión sirve a algunos autores, como RUIZ MIGUEL, para sostener que para KANT la pena natural constituye una

⁸⁶ RUIZ MIGUEL. *Op. cit.*, pp. 10-11:

⁸⁷ KANT. *Op. cit.*, p. 166.

⁸⁸ Variamos ligeramente la traducción española con base en la versión alemana de *Metaphysik der Sitten* (citado por SPOTTE. *Cit.*, p. 1): “... *dadurch das Laster sich selbst bestraft...*”, pues resulta más adecuada la locución adverbial “a través” (“-durch) para referirse a lo que se consigue con la *pœna naturalis* (“da-”), i. e., que el vicio se castigue a sí mismo.

⁸⁹ *Ibid.*: “*Gar nicht*”.

forma de autocastigo⁹⁰, en realidad, en contra del reconocimiento de la pena natural como eximente o atenuante de la pena estatal, y por lo tanto la doctrina en español que lo cita como precursor de esta institución jurídica sería “errónea”⁹¹; y en ese mismo sentido, SPOTTE interpreta que, según KANT, al legislador “no le está permitido” tener en cuenta la pena natural⁹².

Sin embargo, de acuerdo con una lectura integral de *La metafísica de las costumbres*, estas posturas exageran las ideas kantianas e incurrir en imprecisiones lógicas. RUIZ MIGUEL, por un lado, supone el rechazo explícito de KANT a los efectos jurídicos de la pena natural (bajo una lectura aislada de la cita), y por otro, supone —en consonancia con la doctrina jurídica mayoritaria— que la doctrina kantiana no admite relativizaciones en el castigo. SPOTTE, por su parte, cambia el modo descriptivo con el que habla KANT (“que el legislador no tiene en cuenta”) por una supuesta prohibición al legislador⁹³ en el sentido de que a este “no le está permitido” que no sostiene KANT. Al respecto, además de incurrir en error lógico por variar la proposición kantiana de descriptiva a prescriptiva, conviene cuestionarse qué entidad pudiera “no permitirle” algo al legislador dentro de la teoría kantiana, si este también es llamado “soberano”, es decir, aquel sobre el que no existe mayor

⁹⁰ RUIZ MIGUEL: “KANT, que veía la pena natural como una especie de autocastigo...”. *Cit.*, p. 11. En el mismo sentido, SPOTTE. *Cit.*, p. 1.

⁹¹ RUIZ MIGUEL. *Op. cit.*, p. 10. Debe precisarse que este autor no niega que la pena natural hubiera sido reconocida como problema filosófico por HOBBS y KANT, sino que estos sostuvieran la “concepción jurídica compensatoria de la pena natural”.

⁹² SPOTTE. *Op. cit.*, p. 1. “*Aus Kantscher Sicht sei es dem Gesetzgeber nicht erlaubt, auf diese Art der Bestrafung, welche eine Form der Selbstbestrafung sei*”.

⁹³ “...es dem Gesetzgeber nicht erlaubt”: “al legislador no le está permitido” (traducción propia).

poder; de modo que estas interpretaciones malinterpretan la tradición⁹⁴. Dicho lo anterior, debe admitirse que, si bien KANT tiene el mérito de haber establecido la noción de pena natural, su desarrollo es insuficiente, lo cual ha suscitado predecibles controversias entre los intérpretes.

En efecto, KANT sostiene que la ley penal “es un imperativo categórico”, y la pena solo ha de imponérsele al delincuente “porque ha delinquido”⁹⁵. Por ello quienes abogan por la prevención del delito como objeto del derecho penal la denominan “absoluta”, aunque —como acertadamente señala HÖRNLE— “quien emplea este concepto con frecuencia no reflexiona intensamente sobre él”⁹⁶. Pues al revisar los postulados de KANT, se encuentran excepciones lógicas al imperativo categórico⁹⁷ por razones de utilidad pública, así también como postulados excesivamente rigurosos⁹⁸, motivo por el cual se debe tener cuidado en no distraerse en disquisiciones históricas en detrimento del estudio del derecho vigente⁹⁹.

⁹⁴ Esto evidencia, entonces, que se debe tener cuidado con las interpretaciones parciales de la tradición jurídica bajo la consideración de que sirven para argumentaciones expofeso.

⁹⁵ KANT. *Cit.*, p. 166.

⁹⁶ Tatjana HÖRNLE. *Teorías de la pena*. Trad. Nuria PASTOR MUÑOZ. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2015, p. 22.

⁹⁷ Cf. Allen W. WOOD. *Kantian ethics*. Nueva York. Cambridge University Press, 2008.

⁹⁸ Que Humberto ECO llamó “expresiones de estupidez” en los escritos “de hombres verdaderamente grandes”. Cf. Humberto ECO. «El acertijo del asesino en la puerta». En: *El Espectador*. Bogotá, 18 de febrero de 2012.

⁹⁹ HÖRNLE. *Cit.*, p. 22: “Ese concentrarse en los textos históricos conduce a que se abandone el trabajo analítico. Este modo de proceder ignora sobre todo que, desde la perspectiva de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, la justificación de intervenciones en los derechos fundamentales y la carga que estas implicaban no tenía prioridad en la justificación del sistema penal. En cambio, hoy en día la fundamentación de la pena tiene que tener lugar en el marco de las premisas de nuestra Constitución” [no se transcriben las citas].

En todo caso, Kant solo afirma que la pena natural es distinta de la forense y que el legislador no tiene en cuenta aquella, pero no menciona de manera específica sino general para qué no la tiene en cuenta (“para nada”); pero no rechaza de manera explícita que la pena natural pueda servir para modular la pena estatal, en la medida en que la expresión “el legislador no la tiene en cuenta para nada” debe entenderse en el sentido de que no la tiene en cuenta para establecer la pena estatal, es decir, que la pena estatal es absolutamente independiente de las fuerzas naturales y solo depende del soberano.

Lo anterior, porque ya KANT provee una distinción analítica del concepto de pena, divide entre la *pœna forensis* y la *pœna naturalis*; por lo cual debe tenerse cuidado en considerar los razonamientos de KANT como meramente históricos o rudimentarios, puesto que la división que plantea evidencia el contexto de consolidación del Estado en que surge la pena estatal como una categoría eminentemente política, de manera que el Estado (lo forense) tiene poder para penar, con independencia del poder de la naturaleza.

Por otra parte, razonamientos de tipo utilitario, como admitir que se conmute la pena capital por la pena de prisión cuando el delito de homicidio se ha cometido por tal cantidad de cómplices que ejecutarlos implicaría dejar al soberano sin súbditos¹⁰⁰; o admitir la impunidad en los casos de infanticidio materno o de duelo¹⁰¹, llevan a considerar que KANT no es, en realidad, un teórico absoluto, sino que admite excepciones al castigo, a pesar de que la ley penal sea un imperativo categórico. Y, en particular, los razonamientos concernientes al infanticidio materno, según los

¹⁰⁰ KANT. *Cit.*, p. 170.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 172.

cuales “la ley no puede borrar la deshonra de un nacimiento bastardo”, pues en esos casos los hombres se encuentran “en estado de naturaleza”, y, aunque el hecho “sería sin duda punible”, “no puede ser castigado por el poder supremo con la muerte”^{102 y 103}.

Nótese la referencia de KANT al estado de naturaleza solo para compararla con la idea de la *pœna naturalis*, con la que el vicio¹⁰⁴ se pena a sí mismo. En el infanticidio la madre regresa al estado de naturaleza porque el hijo ha nacido “fuera de la ley (que es el matrimonio), por tanto, también fuera de su protección”¹⁰⁵, y por consecuencia, en ese escenario, que está excluido de la sociedad civil¹⁰⁶, es donde ocurre la muerte del hijo, y mal haría el soberano en penar algo que ocurrió por fuera del amparo del derecho. Con esto KANT no afirma que el infanticidio sea un dolor

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ No es necesario proseguir los argumentos de KANT en este apartado, aunque sí es necesario poner sobre ellos un gran interrogante, y remitirse a la opinión de ECO sobre este tipo de argumentaciones en los “hombres verdaderamente grandes” (v. *supra* cita 98). Para una lectura sobre la sacralidad de la vida y el ejercicio de la soberanía sobre los cuerpos, cf. Giorgio AGAMBEN. *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Trad. Antonio GIMENO CUSPINERA. 2^{da}. reimpresión de la 1^{ra}. edición. Pre-Textos. Valencia, 2006.

¹⁰⁴ DONELSON (*Cit.*) tiene problemas con la conceptualización kantiana de “vicio” (en alemán, *Laster* o en latín, *vice*). Aunque coincidimos en que esta entidad no es igual al autor, y por tanto no es una auto punición; podemos afirmar, sin temor a simplificar, que con ello solo se refiere al hecho ilícito o crimen, visto desde una perspectiva de ética natural (como acto vicioso) y no conforme al *nomen iuris*.

¹⁰⁵ KANT. *Cit.*, p. 173.

¹⁰⁶ En este aspecto, los planteamientos penales de KANT son afines a las ideas contractualistas de ROUSSEAU. Cf. Jaques ROUSSEAU. *El contrato social*. Trad. Leticia HALPERIN DONGUI. Losada. Buenos Aires, 1998.

para la madre, sino que la muerte del hijo ocurre en la naturaleza, vale decir, en el mismo universo metafísico de lo natural en que ocurre la pena natural.

Por lo tanto, KANT no solamente estableció el nombre de la *pœna naturalis*, sino que le dio sentido a esta noción dentro de su teoría del derecho, especialmente como contraste o idea de apoyo para establecer la independencia de la *pœna forensis*. Pero en el punto particular de si lo ocurrido en el estado natural debe ser penado o no (habida cuenta de que, en efecto, se trata de delitos), KANT no toma partido, sino que se limita a advertir que, en estos casos “la justicia penal se encuentra en un grave aprieto” consistente en el riesgo de ser “o bien cruel o bien indulgente”.

No se debe minimizar la importancia de esta advertencia: si bien la justicia implica un trato igual ante la ley, simbolizado con el fiel de la balanza¹⁰⁷, una decisión que sin razón se incline en cualquier sentido puede ser cruel o indulgente, pero no justa; y en esa medida, lo cruel y lo indulgente son dos caras de una moneda —lo que es indulgencia para una parte es crueldad para con la otra), pero el jurista no debe lanzar la moneda al aire para tomar su decisión.

§11. Iusnaturalismo racionalista vs. idealismo alemán

Como se viene de ver, y es reconocido en la tradición occidental, el pensamiento de KANT es definitorio para la forma de comprender los fenómenos, en este caso de la ética y del derecho. De modo que con Kant, como venimos de decir, se introduce

¹⁰⁷ KANT. *Cit.*, p. 167: “Pero ¿cuál es el tipo y el grado de castigo que la justicia pública adopta como principio y como patrón? Ninguno más que el principio de igualdad (en la posición del fiel de la balanza de la justicia): no inclinarse más hacia un lado que hacia otro”.

explícitamente el problema de la pena natural, bajo su interpretación ética del deber de realizar la justicia.

Pero, antes de KANT, HOBBS ya había mencionado el problema sin rotularlo como *pœna naturalis*. En la senda del pensamiento hobbesiano es importante mencionar a Hugo GROCIO¹⁰⁸, cuyo tratado *De iure belli ac pacis* (1625) ejerció importante influencia en la tradición jurídica naturalista. Para GROCIO la humanidad tiene una naturaleza social que la impulsa a vivir de manera «pacífica y organizada según la medida de su inteligencia»¹⁰⁹. En este nivel, en que se debe priorizar la racionalidad por sobre el interés individual, surgen las obligaciones de no dañar a otros o de cumplir las promesas.

La tradición del derecho natural se puede definir, siguiendo a FINNIS¹¹⁰, como la tradición que usa criterios o estándares normativos anteriores a la razón y decisiones humanas. Según BIX¹¹¹, la palabra «natural» puede ser entendida en varios sentidos: (1) Que los principios morales se pueden extraer de la naturaleza; (2) Que estos principios se pueden extraer de la «naturaleza humana», dentro de un modelo racionalista o teológico; (3) Que hay algún tipo de verdad moral que todos los seres humanos llevan consigo¹¹².

¹⁰⁸ Cf. COPLESTON. *De Ockham a Suarez. Historia de la filosofía* 3. Traductor: Juan Carlos GARCÍA. Capítulo XX.

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ John FINNIS. «*Natural Law: The Classical Tradition*». En: Jules COLEMAN y Scott SHAPIRO (Eds.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*. Oxford University Press. Nueva York, 2002, pp. 1-60.

¹¹¹ Brian BIX. «*Natural Law: The Modern Tradition*». En: COLEMAN y SHAPIRO (Eds.). Ibid., pp. 61-103.

¹¹² Ibid., pp. 64-65.

El enfoque naturalista, si bien se puede remontar al *Gorgias* y al *Protágoras* de PLATÓN, fue depurado y potenciado en la edad media por el pensamiento aquiniano de la «filosofía perenne», según la cual «el conocimiento sobre lo razonable, lo bueno y lo correcto se deriva de un conocimiento previo de la naturaleza humana o de lo que es “natural” para los seres humanos»¹¹³. Aunque, como reconoce FINNIS¹¹⁴, la doctrina reconoce el surgimiento de la moderna tradición del derecho natural con la publicación del tratado de PUFENDORF *Elementorum Jurisprudentiae Universalis Libri Duo* en 1660.

Es importante detenerse en la tradición naturalista previa a KANT (GROCIO, PUFENDORF, LOCKE), que fue profundamente influida por la tesis de HOBBS respecto del estado de naturaleza y la conformación de la sociedad civil¹¹⁵. En particular, PUFENDORF tomó de HOBBS el modelo de asociación civil mediante renuncia a sus derechos previos¹¹⁶, mientras que de GROCIO adoptó la idea, ciertamente confusa, de que «la moral y los principios básicos del derecho son cuestión de “conformidad con la naturaleza racional”»¹¹⁷.

Esta discusión es retomada por JAKOBS en su famosa conferencia sobre el significado y finalidad de la pena estatal¹¹⁸, para estudiar la búsqueda de fines

¹¹³ Ibid., p. 65.

¹¹⁴ FINNIS. *Cit.*, p. 5.

¹¹⁵ Cf. DYCK, COREY y Brigitte SASSEN. «18th Century German Philosophy Prior to Kant». En: Edward N. ZALTA (Ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Edición de invierno 2021.

¹¹⁶ BIX. *Natural Law... Cit.*, p. 74. Modelo común a la tradición, por lo menos, desde GROCIO hasta ROUSSEAU, entendiendo el primero un estado previo afín a la armonía social, y el último una asociación contractual. Cf. Jean-Jacques ROUSSEAU. *El contrato social. Cit.*

¹¹⁷ FINNIS. *Cit.*, p. 5.

¹¹⁸ JAKOBS. *La pena estatal. Cit.*

preventivos en la Ilustración. Recuerda la cita que GROCIO hace de PLATÓN, y luego de SÉNECA, para señalar que, como no se puede borrar la falta cometida en el pasado, no es racional penar porque se ha delinquido, sino solo para que no se delinca en el futuro, o sea para prevenir delitos. Aunque —admite JAKOBS¹¹⁹— la argumentación de GROCIO parte de la consideración de justicia por principio según la cual habría una autorización *sub specie aeternitatis* para retribuir con un mal el mal cometido: «“La naturaleza” permite imponer un mal a aquél que ha cometido un mal», pero adviértase que solo *permite*, es decir que se necesita todavía un fin que legitime la imposición del castigo, y entre esos fines no cabe la venganza, «debido a que se opone a la naturaleza del ser humano deleitarse con el dolor ajeno». Solo tendrían validez entonces, para GROCIO, la mejora del autor, el aseguramiento, y el ejemplo para los otros de que el delito no quedará sin sanción¹²⁰.

Incluso en HOBBS¹²¹ es clara la regla de que es prudente abstenerse de imponer «penas inútiles», sin ninguna finalidad, es decir tendientes a la prevención, postura que, de ser entendida sin el límite de la retribución (o, como se desarrollará más adelante, del *merecimiento*), puede desembocar en la afirmación de WOLFF¹²² de que «Si los ladrones pierden el miedo a la horca, no sería injusto imponerles el suplicio de la rueda».

Afirma PUFENDORF sobre la pena: «es un mal que hay que sufrir, que se inflige por un mal de acción o un mal molesto que se impone a alguien a modo de coacción»¹²³,

¹¹⁹ Ibid., p. 4.

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ HOBBS. *Leviatán. Cit.*, cap. 15; citado por JAKOBS. Ibid., p. 6.

¹²² Citada por JAKOBS. *La pena estatal... Cit.*, p. 9.

¹²³ Samuel PUFENDORF. *De los deberes del hombre y del ciudadano según la ley natural, en dos libros*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002, p. 145.

y «Si se han cometidos pecados relativos a las penas humanas, siempre es necesario exigir el cumplimiento de la pena». Aunque, en algunas ocasiones y solo bajo motivos muy fundados, se puede disculpar el delito, por ejemplo, porque «no se vean necesarios en un caso concreto los fines de la pena o si el indulto es idóneo para producir mayor utilidad que la pena»¹²⁴.

Dicho en otras palabras, aunque en GROCIO es claro el matiz del castigo en tanto autorización que la ley natural da al soberano, se requiere, con particularidad claridad en PUFENDORF, de una justificación teleológica, ya sea de mejora del delincuente, ya de reivindicación de la víctima de que no volverá a sufrir afrenta; ya por utilidad de todos, de que nadie sufra daños del delincuente o de terceros en el futuro, por aniquilación de aquel o por terror de estos¹²⁵.

Pero, aunque se trate de solo una *autorización* insuficiente para penar, los límites para imponer castigos no son claros en la tradición racionalista, para la cual el soberano solo estaría sometido a los actos de Dios. Por lo tanto, debe resaltarse de esta tradición, de manera especial, la limitación del poder punitivo que resultaría ilegítimo en la medida en que no se adecúe a los fines; con la advertencia de que, por otra parte, en relación con el cumplimiento de los fines, el racionalismo ilustrado previo a KANT no encuentra freno a la violencia estatal cuando se persigue la prevención, como queda claro con la cita de WOLFF que se transcribió previamente.

¹²⁴ Ibid., p. 147. También llama la atención la referencia a los méritos de la persona como excusa para el castigo: «Igualmente, si quien ha delinquido alega sus méritos notables o los de sus parientes a favor del gobierno, dignos de un premio especial, o si se hace valer por algún medio destacable como por ejemplo por un raro artificio, o si hubiera esperanza de que aquel delito se limpiaría por hechos egregios (...)», p. 148.

¹²⁵ Ibid.

En cambio, con KANT, especialmente en la *Metafísica de las costumbres*, es notorio el giro hacia la justicia como cuestión de principio, valga decir, sin razones de prudencia o utilidad, pues la «ley penal es un imperativo categórico»¹²⁶. Pero, de otra parte, el límite al castigo surge evidente: «Solo la *ley del talión (ius talionis)* puede ofrecer con seguridad la cualidad y cantidad del castigo, pero bien entendido que en el seno del tribunal (no en tu juicio privado)»¹²⁷.

Finalmente, FEUERBACH retoma la postura kantiana y se enfoca en el refuerzo psicológico que se puede conseguir haciendo de la pena una amenaza. Por consiguiente, con el surgimiento del racionalismo iusnaturalista se abandona la idea religiosa de la expiación del pecado¹²⁸, y surgen las corrientes que han exaltado la seguridad como un objetivo legítimo del derecho penal, fenómeno que ha tenido lugar desde el establecimiento del orden burgués moderno hasta las más recientes propuestas de prevención y reducción de la criminalidad en las sociedades contemporáneas mediante el robustecimiento de la violencia estatal bajo la excusa de prevenir futuros delitos¹²⁹.

Se enfrentan desde el origen de la época moderna, por lo tanto, dos posturas frente al castigo: de una parte, la corriente utilitaria que se origina en *Protágoras*; y, de otra, la tradición de principio, de justicia o también llamada absoluta, defendida por

¹²⁶ KANT. *Metafísica...* Cit. Citado por JAKOBS. *La pena estatal...* Cit., p. 11.

¹²⁷ KANT. *Ibid.*, p. 167.

¹²⁸ Cf. FOUCAULT. *Vigilar y castigar. Cit.*

¹²⁹ Cf. LUÍS GRECO. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*. Marcial Pons. Madrid, 2015.

KANT con fundamento en la dignidad humana¹³⁰, pero que se remonta a las culturas antiguas.

Pero, mientras que, de una parte, la corriente utilitaria difícilmente encuentra límites en la tendencia a agravar los castigos ante el fracaso que representa cada nuevo delito; la teoría retributiva ciertamente carece de legitimación para ejecutar el castigo de manera diferenciada a la coacción o a la venganza. Por otra parte, esta legitimación es pretendida por la teoría utilitaria con los fines preventivos; mientras que el límite racional lo establece la retribución o el talión. Dicho en otras palabras, la legitimidad de que carece una postura, la encuentra la otra, mientras que el límite que tiene la retribución no lo comparte la prevención.

Por otra parte, es conocido que la pretensión de combinar estos dos enfoques, en distintos momentos del proceso de la pena, ya fue intentado por ROXIN, a quien se ha criticado de manera unánime por mezclar funciones retrospectivas con fines prospectivos¹³¹. Pero, con independencia de los argumentos de ROXIN, debe considerarse la evolución de la retribución a la par de la categoría dogmática de la culpabilidad, desarrollo del principio de culpabilidad y de responsabilidad subjetiva, que ha dado lugar a la idea de que la medida de esta corresponde a la de la pena. No obstante, la postura del ya citado profesor alemán conduce a excepcionar en la época contemporánea, con fundamento en la prevención, la ejecución de castigos que, pudiendo ser culpables, imponerles un castigo puede no resultar adecuado a fines.

¹³⁰ «Porque si perece la justicia, carece ya de valor que vivan los hombres sobre la tierra». KANT. *Metafísica...*, p. 167.

¹³¹ Günther JAKOBS. *Sobre la teoría de la pena*. Trad. Manuel CANCIO MELIÁ. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1998, pp. 12 y ss.

Es decir que la tensión teórica entre retribución y prevención¹³² conduce a la diferenciación actual entre *merecimiento* de pena (del alemán, *Strafwürdigkeit*¹³³) y *necesidad* de pena (del alemán, *Strafbedürfnis*), *i. e.*, de las dos exigencias de legitimidad que impone la teoría de la pena contemporánea: que, de una parte, la pena sea referida a un acto culpable que se sanciona porque el sujeto es digno y tiene un honor que lo hace responsable; pero, por otra parte, aun habiendo una causa justa para castigar, se requiere de un fin que lo *autorice*¹³⁴, frente a lo cual se ha sostenido que esta finalidad debe ser preventiva.

Por lo tanto, se puede concluir que la legitimación de la pena estatal ha conducido a que el derecho contemporáneo adopte, sin pretender unificaciones teóricas, los dos presupuestos necesarios en la tradición occidental para imponer el castigo: por un lado la necesidad entendida como *merecimiento* o *responsabilidad* por el acto culpable, que solo da una razón insuficiente para imponer el castigo (*quia peccatum est*); de otro, la necesidad entendida como finalidad o prevención que autorice su ejecución (*ne peccetur*).

Resulta de utilidad esta reflexión para reafirmar la doble limitación a que se somete el poder punitivo como consecuencia de estas dos tradiciones: de un lado, al

¹³² Cf. Bernd SCHÜNEMANN. «Aporías de la teoría de la pena en la filosofía. Pensamientos sobre Immanuel Kant». En: *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*. Volumen 2. Barcelona, 2008.

¹³³ Antje DECKERT. «Zum Strafwürdigkeitsbegriff im Kontext legislativer Kriminalisierungsentscheidungen im Verfassungsstaat». *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. 06/13.

¹³⁴ A estas conclusiones se puede arribar acercándose a la raíz de (*die*) *Würdigkeit*, vinculada a *Würde* (dignidad), mientras que necesidad (*das Bedürfnis*), que se asocia al verbo *dürfen*, usado para otorgar o solicitar autorizaciones en esa lengua.

cumplimiento de un fin de prevención, sin superar, de otro, la medida de la retribución o de la culpabilidad, para lo cual es importante recurrir, en última instancia, al principio de proporcionalidad entre el delito y la pena (o, en última instancia, al talión).

En lo concerniente a la pena natural, resulta útil notar que la constatación de los elementos de la responsabilidad penal (en suma, de una conducta culpable), pueden servir, en principio, para valorar al sujeto como responsable y considerar la imposición de una pena; pero ello no significa que resulte una obligación o una exigencia de justicia la ejecución del castigo, pues haría falta, además, la búsqueda de fines preventivos en el marco de la necesidad; y así también, finalmente, la proporcionalidad entre delito y pena, como un elemento de su legitimidad racional.

De acuerdo con lo anterior, se sostiene en el presente trabajo que la pena natural es una cuestión de *necesidad*, y no de *merecimiento*, del castigo por el acto ilícito. Pero, en vista de que los presupuestos teóricos son dos: de una parte, que la pena natural no es una «pena», y de otra, que la proporcionalidad estricta del castigo es un elemento de la pena jurídica, por ser la proporcionalidad inherente a la racionalidad; se sostendrá que la pena natural es un problema de necesidad del castigo en términos de proporcionalidad, y no del cumplimiento de fines.

Es decir que resulta adecuado modular la responsabilidad penal (desde la atenuación hasta la eximición) porque no es racional imponer un castigo desproporcionado. Solo en esa medida sería *innecesario*, por vía de retribución: porque todo cuanto exceda el desvalor aflictivo de la pena estatal resulta ilegítimo.

§12. La regulación positiva de la pena natural aparece en el siglo xx

A pesar de que en el siglo XIX HEGEL defendió la aplicación de la pena natural para los eventos de autolesión¹³⁵, las leyes penales de la época no reconocían la figura. Así, el Código Penal alemán de 1871 establecía en el § 16 que la pena mínima de prisión sería de un día y la máxima de cinco años, y que los reos podían ser empleados para trabajar en la prisión¹³⁶; pero no fue hasta la reforma del Código Penal alemán de 1969 cuando se modificó el §16 por el siguiente texto:

Das Gericht sieht von Strafe ab, wenn die Folgen der Tat, die den Täter getroffen haben, so schwer sind, daß die Vergängung einer Strafe offensichtlich verfehlt wäre. Dies gilt nicht, wenn der Täter für die Tat eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr verwirkt hat¹³⁷.

El anterior texto es igual al actual en el § 60 del Código Penal alemán vigente desde 1975¹³⁸. Debe tenerse en cuenta que esta disposición corresponde a la parte general del código en que se regula las penas, y quizás por este motivo la doctrina mayoritaria pretende que la pena natural corresponda a una modalidad de pena legal, valga decir, como si la pena natural fuera a una *pœna forensis* en los términos legales; y por lo tanto, los estudiosos evalúan el mérito de la pena natural de acuerdo

¹³⁵ SPROTTE. *Cit.*, p. 1, nota 2.

¹³⁶ [https://de.wikisource.org/wiki/Strafgesetzbuch_für_das_Deutsche_Reich_\(1871\)#§.16](https://de.wikisource.org/wiki/Strafgesetzbuch_für_das_Deutsche_Reich_(1871)#§.16).

¹³⁷ «§60. *Exclusión de pena*. El tribunal puede prescindir de pena si las consecuencias del hecho que el autor ha sufrido son de tal gravedad que la imposición de una pena sería manifiestamente equivocada. Esto no es aplicable cuando el autor ha incurrido por el hecho punible en una pena privativa de la libertad superior a un año». LÓPEZ DÍAZ. *Cit.*

¹³⁸ SPROTTE. *Cit.*, pp. 42 y ss.

a si cumple con los estándares de las penas estatales, ya sea desde los principios de las penas estatales o desde la teoría de los fines de la pena¹³⁹.

Este enfoque que busca en la pena natural una forma de pena forense es inconsecuente con la tradición de la pena natural, que parte de la diferenciación kantiana entre lo *natural* y lo *forense*. Es evidente que la pena natural no corresponde (ni en la tradición del pensamiento ni en la regulación normativa) a un evento de pena, sino, en los propios términos de la ley alemana, a un evento de renuncia o «exclusión a la pena» estatal con fundamento en la afectación que, como «consecuencia» del delito, sufre el autor. Por lo tanto, las conclusiones de la doctrina están determinadas por la pretensión inicial de encontrar en la pena natural un evento de pena estatal, o de juzgar su coherencia teórica de acuerdo con este estándar, por lo cual es previsible que las conclusiones sean insatisfactorias.

B. LA PENA NATURAL Y LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

Se han propuesto muy distintas definiciones de la pena natural, definiciones que pueden resultar incluso contradictorias entre sí. A continuación se reúnen las elaboraciones de juristas americanos y europeos que reflejan el estado actual de la discusión y recogen en buena medida la tradición doctrinaria.

§13. Alemania

En Alemania la pena natural está regulada en el § 60 StGB:

¹³⁹ De acuerdo con esta perspectiva, SPROTTE considera que la pena natural no tiene justificación dentro del sistema legal de penas, puesto que no cumple con las finalidades de las penas estatales (prevención general, prevención especial, etc.). Ibid., p. 41.

«§60. Exclusión de pena. El tribunal puede prescindir de pena si las consecuencias del hecho que el autor ha sufrido son de tal gravedad que la imposición de una pena sería manifiestamente equivocada. Esto no es aplicable cuando el autor ha incurrido por el hecho punible en una pena privativa de la libertad superior a un año».

La posibilidad de que el juez excluya la pena en determinados casos es propia del sistema alemán y de los juristas que desarrollaron la dogmática de la pena natural¹⁴⁰, e influyeron, primero en España y después en Latinoamérica, para que se incluyera en estos ordenamientos la figura; sin embargo, estos países lo hicieron bajo parámetros diferentes de Alemania, cuyas características particulares son las siguientes:

El texto legal está dirigido al juez como una habilitación para no aplicar la pena en determinados supuestos, en concordancia con la tradición kelseniana que considera que la norma jurídica se dirige al juez, pero también con la consecuencia de que no se trata de una norma que califique la conducta o modifique los elementos estructurales del delito, sino solo como una habilitación para que «prescinda» de la pena¹⁴¹.

Por otra parte, se presupone la existencia de un «autor» y de una «conducta punible», es decir que el fundamento de la exclusión de la pena es, justamente, un

¹⁴⁰ Especialmente, JESCHECK y WEIGEND, MAIWALD, y más recientemente, SPOTTE. Ibid.

¹⁴¹ Esta característica de no modificar la culpabilidad, y sin embargo servir como excluyente de la pena dirige a los problemas sobre la ubicación dogmática de esta categoría, por un lado, y el efecto comunicativo de reproche o aprobación del comportamiento, por el otro. Vid. *infra*. §28.

hecho punible atribuible a un autor (en alemán, «*die Tat, der Täter*»), de manera que una primera aproximación permite suponer, por lo menos, la tipicidad de una conducta o la existencia de una conducta típica. Por este motivo, los juristas alemanes han tratado la pena natural como un problema de culpabilidad¹⁴², bajo el entendido de que no podría tratarse de una causal de atipicidad ni una justificante.

El aspecto nuclear de la regulación, que se llama en este estudio «pena natural como supuesto de hecho», son las «consecuencias del hecho [punible]» en cuya virtud el juez puede excluir la pena «si son de tal gravedad que la imposición de una pena sería manifiestamente equivocada». De lo cual surgen los dos requisitos sustanciales finales, a saber: que, de una parte, los hechos sean muy graves, o «de tal gravedad», y que esta gravedad implique que imponer una pena sería «manifiestamente equivocado».

El elemento de la norma que incluye el juicio de corrección jurídica¹⁴³ o la pregunta por lo «manifiestamente contrario» de la imposición de una pena cuando las «consecuencias son de tal gravedad» es correlativo al elemento de valoración de las consecuencias o de la pena natural, de suerte que a mayor gravedad de estas, más incorrecto resulta imponer una pena; y apunta directamente a las teorías jurídicas que se preocupan por la corrección del derecho y por la legitimidad del castigo¹⁴⁴.

Nótese, finalmente, que la regulación alemana equipara las «consecuencias» del «hecho» con la pena natural como supuesto de hecho normativo, con lo cual

¹⁴² SPROTTE. *Cit.*, p. 78 y ss.

¹⁴³ *Ibid.*, 76 y ss.

¹⁴⁴ Cf. Brian BIX. «El Radbruch de Robert Alexy». En: BIX. *Cit.*, pp. 47 y ss.

introduce el elemento causal, presupuesto en la idea de consecuencia, como estructural de la pena natural. Es decir que la regulación alemana implementa una lógica causalista de la pena natural, entendida esta como la que está vinculada en condición de «consecuencia» con el hecho punible.

La idea de vincular causalmente la pena natural con el delito es heredera del pensamiento dogmático naturalista de principios del siglo XX, que reclamaba una relación verificable en el plano material entre el comportamiento del autor y el delito, entendiendo la comisión del último como la consecuencia del primero. El modelo causalista, sin embargo, fue objeto de críticas desde la dogmática del delito que dieron paso a las teorías de la imputación normativa u objetiva, bajo la idea principal kelseniana de que la aplicación del derecho depende de criterios de imputación y no de causalidad, cuya validez epistemológica se limita a explicar los fenómenos físicos.

Sin embargo, la causalidad como modelo de imputación sigue vigente en relación con la pena natural respecto del delito, siempre que se entienda aquella como la «consecuencia grave» de este que haría ilegítima la imposición de una pena, y tiene el efecto práctico de reducir las hipótesis de pena natural a aquellas con las que el intérprete encuentre o verifique un «nexo causal», con lo cual se incurre en los mismos problemas epistemológicos que ocurrían con la imputación causal del resultado en la primera mitad del siglo XX, de los que sobresale la petición de principio en que se incurre al suponer necesariamente la causalidad relevante, es

decir que el intérprete que valora la causalidad¹⁴⁵ presupone la causa, o en tratándose de la pena natural la «consecuencia relevante» del delito que puede ser alegada como pena natural, con lo cual se abre un espacio de arbitrariedad y subjetividad del intérprete, en la medida en que desde un punto de vista causal, los eventos posteriores al delito están conectados *ad infinitum*.

No obstante, la aplicación de la pena natural en Alemania se encuentra severamente restringida por política criminal, puesto que su reconocimiento se restringe para solo casos en que el autor ha incurrido en un delito cuya pena no sea superior a un año, lo cual es objeto de crítica por parte de la doctrina¹⁴⁶.

En cuanto a la doctrina, en años recientes sobresale la tesis doctoral de Sabina SPROTTE, de la Universidad de Marburgo, que constituye un muy importante trabajo respecto de la fundamentación y aplicación de la pena natural en Alemania. Su trabajo, titulado *Die poena naturalis im Straf- und Strafzumessungsrecht*¹⁴⁷, es una fuerte crítica a la existencia de la pena natural como institución jurídica. De hecho, SPROTTE rechaza la pena natural porque no cumple con las características de una pena conforme los estándares de los ordenamientos jurídicos de estar contemplada en una ley previa (principio de tipicidad de las penas) ni de ser impuesta por el Estado (institucionalización de la pena), razones por las cuales afirma que «el

¹⁴⁵ Esto se debe a que la causalidad es un elemento físico y no es propio de la epistemológica de la ciencias naturales, por lo cual su aplicación es incorrecta en fenómenos sociales que se caracterizan por la complejidad e interconexión de infinitas relaciones físicas-causales.

¹⁴⁶ JESCHECK-WEIGEND. *Cit.*, p. 1287.

¹⁴⁷ SPROTTE. *Cit.*

fenómeno de la pena natural de ninguna manera es legítimo dentro del sistema de derecho penal»¹⁴⁸

SPROTTE parte —al igual que el presente trabajo— del estudio lingüístico de la institución con base en la expresión latina «*pœna naturalis*», y concluye que esta procede de una idea antigua según la cual la naturaleza castigaría por sí misma el delito, y esta tendría, a su vez, explicación en la idea de que todo hecho tiene una consecuencia, por lo cual la pena natural sería «como la otra cara de la moneda de una mala conducta», por lo cual se requiere, al menos, un nexo causal entre la conducta ilícita y el resultado lesivo para el autor¹⁴⁹.

Por lo tanto, SPROTTE excluye del concepto de pena natural cualquier evento perjudicial para el autor que no guarde relación “causal” con el delito, por ejemplo, la grave enfermedad que padezca un ladrón antes de la condena¹⁵⁰.

Así también, SPROTTE estudia la pena natural a la luz de las teorías de los fines de la pena, y concluye que esta no cumple ninguno de los fines previstos para la pena estatal¹⁵¹. En este punto coincide con la mayoría de la doctrina, que estudia la pena natural conforme los estándares de la pena estatal referidos a la retribución justa, la prevención y la comunicación simbólica del reproche social.

¹⁴⁸ «Es wird sich jedoch im Laufe der kritischen Auseinandersetzung zeigen, dass eine etwaige Berücksichtigung des Phänomens der poena naturalis an keiner Stelle im Strafrechtssystem legitimierbar ist. » Ibid., p. 3.

¹⁴⁹ Ibid., p. 5.

¹⁵⁰ Ibid., p. 6.

¹⁵¹ Ibid., pp. 10-21.

No obstante, el estudio de SPOTTE incurre en el error elemental de considerar la pena estatal como un tipo especial de pena dentro de las penas legales; lo cual, sin embargo, encontraría justificación metodológica en que la regulación alemana de la pena natural (§60 StGB) corresponde al último artículo del capítulo que regula las penas en el Código Penal alemán¹⁵², y así también se ha sistematizado en el Código Penal colombiano (art. 34). Sin embargo, la pena natural no puede ser considerada una pena legal, por más de que los juristas se esfuercen, por distintas vías, en considerarla como tal, por la razón de que el origen de la idea de pena natural, propuesta por KANT, consiste en diferenciarla de la pena estatal o *pœna forensis*: por esto es predecible que los estudios concluyan que la pena natural no se ajusta a la definición ni a los fines de la pena legal, puesto que, en realidad, se trata de una causal de modulación de la pena estatal vinculada al principio de necesidad de pena.

Es importante resaltar, sin embargo, que la confusión de tratar a la pena natural conforme los estándares de las penas legales no es exclusiva de la doctrina, sino que se evidencia también en el hecho que la legislación reproduce, sin explicación satisfactoria, la idea de que el delito ya ha sido suficientemente castigado por cuestiones ajenas al derecho. Por este motivo las conclusiones de SPOTTE deben entenderse no solo como una crítica a la idea de que la pena natural es un castigo, sino también como un rechazo a la configuración legislativa porque introduce elementos irracionales como la aceptación (así sea tácita) de que puede existir un castigo sin mediación humana.

¹⁵² Cf. LÓPEZ DÍAZ. *Op. cit.* No obstante, la regulación alemana no se denomina “pena natural”, sino “exclusión a la pena” (*Absehen von Strafe*).

Pero el análisis de SPOTTE es erróneo porque ignora que el objeto del derecho penal solo es la pena estatal y se ocupa de construir, sin fundamento, un objeto distinto consistente en la determinación de un tipo especial de “castigo”, que sería la pena natural, cuando, de acuerdo con el contenido del derecho penal, la pena natural no tiene relevancia independiente de la decisión de imponer o no un castigo, de modo que es una causal de exclusión o modulación de la pena estatal: no su sucedáneo.

Otro trabajo importante de reseñar es el de JESCHECK y WEIGEND, en cuyo *Derecho Penal General*¹⁵³ introducen la idea de que el principio *nullum poena sine culpa* no admite inversión, y por lo tanto se abre la posibilidad de que, ante un injusto culpable y bajo circunstancias especiales, el legislador permita excepcionar la imposición de la pena:

«De acuerdo con el § 60 el tribunal dispensa de la pena si el hecho ha comportado ya **consecuencias tan graves** para el autor que la imposición de aquélla sería “manifiestamente inadecuada”. Se ha pensado sobre todo en aquellos casos en los que a través del delito el agente se hiere gravemente a sí mismo (por ejemplo, en un accidente de tráfico) o ha perdido a un pariente cercano. Evidentemente, aquí no falta la culpabilidad por el hecho; ésta puede ser incluso de mucho peso. Sin embargo, se prescinde de la pena porque, de una parte, la culpabilidad del autor ya ha quedado compensada en parte por las consecuencias del hecho a través de las graves consecuencias que, para él, han surtido efecto de forma similar a una sanción

¹⁵³ JESCHECK y WEIGEND. *Cit.*, pp. 1284 y ss.

punitiva (“*pœna naturalis*”); y, de otra, porque (por ello) ya no es reconocible la existencia de ninguna necesidad preventiva.»¹⁵⁴

La idea de la compensación de la culpabilidad también es sostenida en Alemania por BAUMANN y BLEI¹⁵⁵ bajo la premisa de que, en los eventos de pena natural, la imposición de un castigo estatal no sería necesario para prevenir delitos. Así también, estos autores coinciden en excluir las situaciones de autopunición del autor con la intención de evadir un castigo estatal, porque cuando «éste las ha provocado conscientemente (por ejemplo, en una automutilación para librarse del servicio militar del § 109) entonces no pueden alegarse en su beneficio en el marco del § 60 pues en relación con la lesión de otros intereses el autoperjuicio calculado no reduce sustancialmente las necesidades de prevención»¹⁵⁶.

La doctrina alemana es insistente en cuanto a que la pena natural excluye los eventos de autopunición dolosa o con grave negligencia dirigida a inhibir el castigo estatal. Esta exclusión es razonable porque, aun cuando las consecuencias de una autopunición intencional puedan ser muy graves para el autor, sustraerse a voluntad de la pena estatal constituiría un fraude a la justicia (autocastigo fraudulento) y se estaría alegando el acto doloso (contra sí mismo) en favor propio y en desmedro de la justicia institucionalizada, en abierta contradicción con el principio general según el cual no se admite alegar la propia torpeza en beneficio propio (*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).

§14. España

¹⁵⁴ Ibid., p. 1286.

¹⁵⁵ Citado por SPOTTE. *Op. Cit.*, p. 59.

¹⁵⁶ JESCHECK/WEIGEND. *Cit.*, p. 1286.

La legislación española no regula de manera explícita la pena natural, por lo cual no se encuentra reconocido propiamente en el Código Penal. Sin embargo, la jurisprudencia ha reconocido la pena natural por vía de analogía (art. 21.7 del C. Penal), dándole el tratamiento de circunstancia atenuante, de acuerdo con una discutida pero consolidada doctrina que reconoce la pena natural bajo ciertos criterios.

La jurisprudencia ha estudiado en varias ocasiones el problema de la pena natural, partiendo de la STS de 31 de enero de 1994, en que se reconoció el atenuante de la pena natural al autor de un atentado terrorista, a quien le explotó la bomba entre las piernas, causándole daños permanentes a su integridad. No obstante, se ha negado en repetidas ocasiones¹⁵⁷ el reconocimiento de la pena natural en los casos de las «mulas» o personas que trafican estupefacientes en su organismo, a pesar de que esta actividad puede ocasionar graves daños a la salud del traficante, bajo el argumento de que estos riesgos «son consecuencia directa e inmediata de su propia acción delictiva y en modo alguno disminuyen la culpabilidad en la ejecución de la conducta típica».

En esta materia resulta muy importante el aporte de Enrique BACIGALUPO, académico y exmagistrado del Tribunal Supremo, cuyo trabajo ha contribuido a definir los lineamientos doctrinales y jurisprudenciales de la pena natural en España.

¹⁵⁷ STS 678 de 18 de junio de 2010. STS 575 de 7 de octubre de 2008. Citadas por SILVA SÁNCHEZ. *Malum passionis...*, pp. 162-163.

Para BACIGALUPO¹⁵⁸, el problema de la pena natural se relaciona directamente con el principio de culpabilidad. Sostiene, con fundamento en ROXIN y en la jurisprudencia constitucional española, que el principio de culpabilidad «tiene una doble dimensión: actúa determinando los *presupuestos de la pena* y, además, en el marco de la *individualización de la pena*»¹⁵⁹, de manera que, por un lado, solo se puede establecer la responsabilidad penal, en cuanto presupuesto de la pena, respecto de sujetos que obren con culpabilidad; y por el otro, el tamaño o *quantum* de la pena no puede exceder el reproche por la culpabilidad.

Para este autor, la pena natural corresponde a un problema de individualización de la pena, vinculado a la congruencia entre la culpabilidad y la pena, porque habría una diferencia entre una y otra con base en el hecho dañino que sufre el autor y que habría de compensar la culpabilidad¹⁶⁰. Esta idea de la compensación de la culpabilidad, tomada de los alemanes JESCHECK y WEIGEND¹⁶¹, sostiene que “La compensación destructiva de la culpabilidad tiene lugar cuando el autor recibe como consecuencia de la comisión del delito un mal grave que se debe abonar en el cumplimiento de la pena»¹⁶². Por lo tanto, la pena natural no sería una pena legal, sino una causa de exclusión o modulación de la culpabilidad, que aun tratándose de un evento independiente del delito o que ocurre con independencia de la comisión de este, habría de reducir la culpabilidad «porque la culpabilidad del autor

¹⁵⁸ Enrique BACIGALUPO. *Principio de culpabilidad, carácter de autor y “poena naturalis” en el derecho penal actual*. En: Enrique BACIGALUPO. «Derecho Penal y el Estado de Derecho». Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2005, pp. 141 y ss.

¹⁵⁹ Ibid., p. 144.

¹⁶⁰ Ibid., p. 158. En el mismo sentido: Enrique BACIGALUPO. *Derecho Penal Parte General*. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 1999, pp. 603-604.

¹⁶¹ JESCHECK y WEIGEND. *Cit*, pp. 897 y ss.

¹⁶² BACIGALUPO. *Principio de culpabilidad... Cit.*, p. 158.

ha sido compensada por las graves consecuencias del hecho, que para él tienen efectos similares a una pena (*pœna naturalis*) y porque, por otro lado, por dicha razón no se reconoce ninguna necesidad preventiva»¹⁶³.

La postura de BACIGALUPO es valiosa porque busca la congruencia entre la culpabilidad y la pena con el fin de evitar un exceso de la segunda en relación con la primera, bajo el postulado del principio *nulla pœna sine culpa*. Así también, hace notar que este principio no opera de manera inversa, es decir, que no se puede sostener la necesidad de pena para todos los eventos de culpa (*nulla culpa sine pœna*). Por otro lado, BACIGALUPO inserta la pena natural dentro de la dogmática jurídicopenal, tanto en sede de culpabilidad como de individualización de la pena, bajo la implícita premisa dogmática de que debe existir una correspondencia entre estas dos categorías.

No obstante, la idea de la compensación de la culpabilidad es ampliamente criticada porque de ninguna manera se explica cómo un hecho independiente de los elementos típicos del delito habría de reducir la reprochabilidad por su comisión. Es notorio que esta postura se preocupa por lo que ROXIN¹⁶⁴ denomina «pensamiento problema» o pensamiento sistemático, es decir que se ocupa de la coherencia sistemática de la dogmática del delito bajo el esquema de responsabilidad compuesto por las categorías de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Sin embargo, el razonamiento según el cual no toda culpabilidad requiere de una pena permite aceptar que, aun configurándose la culpabilidad de una conducta, se justifique la no imposición de una pena porque el principio de *nulla pœna sine culpa*

¹⁶³ JESCHECK-WEIGEND. *Cit.*, p. 862. Citado por BACIGALUPO. *Principio...*, p. 158.

¹⁶⁴ ROXIN. *Derecho Penal...*

no se debe interpretar en sentido inverso, habida cuenta de que pueden concurrir circunstancias que hagan menos necesaria la imposición de una pena en la proporción de la culpabilidad, como los eventos graves que padece el autor y que, si bien no implican un reproche normativo, sí implican un sufrimiento que es tenido en cuenta para la imposición del castigo que significa la pena estatal. Por lo tanto, la pena natural no compensa ni reduce ni excluye la culpabilidad, sino que evidencia que, aun establecida esta, pueden surgir circunstancias de no necesidad que demandan un menor castigo sin violar el principio de prohibición de exceso.

Por otra parte SILVA SÁNCHEZ estima que la pena natural es un «fenómeno posdelictual» que encuentra su fundamento en la prohibición de exceso de la pena, es decir en la proporcionalidad en sentido amplio¹⁶⁵, que, ciertamente, no ha sido estudiado en profundidad por la doctrina, pero que puede abarcar (sin que sea una lista exhaustiva): «la autopunición postdelictiva (autolesión, intento de suicidio); la heteropunición individual coetánea postdelictiva (autolesión, intento de suicidio); la punición social; los efectos colaterales (y punitivos) del proceso y de la ejecución de la pena».¹⁶⁶

Ha insistido este autor en cuanto a que el nombre de la institución (*pœna naturalis*) es incorrecto¹⁶⁷, puesto que, según este autor, los juristas no usan un concepto estricto de pena natural, sino uno *lato*, y en realidad a lo que corresponde este problema se ajusta mejor al nombre «autopunición imprudente». En estricto sentido, la pena natural debe significar un «dolor, producto del azar, de un caso fortuito o de fuerza mayor, relacionado directamente en términos de causalidad natural con la

¹⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ. *Malum passionis...*, p. 156.

¹⁶⁶ SILVA SÁNCHEZ. *¿Puede considerarse...*

¹⁶⁷ Ibid.

previa comisión de un delito por parte de quien lo padece»¹⁶⁸. Sin embargo, los eventos de pena natural más comunes no son causados por la naturaleza en términos causales, sino que resultan imputables objetivamente al comportamiento imprudente del autor, por lo cual propone el mencionado nombre¹⁶⁹.

También ha propuesto¹⁷⁰ la siguiente división: *pœna naturalis stricto sensu*, por un lado, y *pœna stricto sensu non naturalis*, por el otro. La primera se divide, a su vez, en *pœna naturalis physica* y *pœna naturalis psychica aut moralis*. La segunda se divide en *pœna non naturalis stricto sensu neque forensis* y *pœna forensis*. Los latinismos se explican de la siguiente manera: la pena natural en estricto sentido es la que tiene relación causal con la naturaleza y afecta el cuerpo (*pœna physica*) o la esfera psicoafectiva (*aut moralis*) del autor. En segundo lugar se ubicarían los casos de comportamiento autopunitivo doloso¹⁷¹, daños ocasionados por terceros, y, finalmente, la pena estatal propiamente.

Sin embargo, no le asiste razón a SILVA SÁNCHEZ en sus críticas al nombre de la institución, ni resulta más acertada su propuesta, en primer lugar, porque la expresión *pœna naturalis* ha servido en la tradición para reunir la idea de los

¹⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ. *Malum passionis...*, p. 156-157.

¹⁶⁹ «Así, cabría una definición positiva de “poena naturalis”. Algo así como: cualquiera de las consecuencias lesivas que sufre el agente por azar (de modo fortuito) como efecto (imprevisible e inevitable) de su actuación. Pero también podría optarse por una definición negativa (e impropia) de “poena naturalis”: a saber, cualquiera de las consecuencias aflictivas para el agente de algún modo reconducibles a su hecho delictivo y que no pueden denominarse “poena forensis”. SILVA SÁNCHEZ. *¿Puede considerarse...*

¹⁷⁰ SILVA SÁNCHEZ. *En busca del Derecho penal*. B de F. Buenos Aires, 2015. Citado en *Malum passionis...*, p. 157, nota 414.

¹⁷¹ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis...*, p. 128 y ss.

sufrimientos que padece el autor que resultan de tal entidad que inhiben la necesidad de imponer una pena, partiendo de la diferenciación kantiana con la *pœna forensis*. Por otra parte, la idea de «autopunición imprudente» restringe la institución de manera excesiva, por cuanto limitaría los eventos relevantes a aquellos ocasionados por el autor (con lo cual se excluyen los eventos de *casus* o de daños ocasionados por terceros), con la condición adicional de que sean daños imprudentes (es decir, excluye el comportamiento autopunitivo intencional).

Debe tenerse en cuenta que, si bien es cierto que la idea de pena natural no tiene un contenido propio en el derecho, sino que parece remitir a concepciones naturales, esta institución debe ser interpretada con relación a la pena forense, que corresponde al objeto del derecho penal. Por estos motivos, la pena natural corresponde a la pena no forense, es decir a las situaciones que, no habiendo sido impuestas como penas estatales, comportan efectos aflictivos y comunicativos de tal entidad que hacen innecesaria la imposición de una pena.

Finalmente, debe mencionarse el trabajo de Alfonso RUIZ MIGUEL¹⁷². Para este autor, la pena natural es un problema de clemencia, como contracara benevolente de la justicia, que implicaría una excepción a la aplicación de la ley bajo el principio *summum ius, suma iniuria*¹⁷³.

RUIZ MIGUEL reseña la jurisprudencia española respecto de la pena natural, desde el año 2002 hasta el 2010, con decisiones que negaron el reconocimiento de pena

¹⁷² RUIZ MIGUEL. *Cít.*

¹⁷³ *Ibid.* Esta máxima, que traducimos como «máximo derecho es máxima injusticia», puede ser vista como contracara de los principios *dura lex est lex*, o *fiat iustitia et pereat mundus* (que prevalezca la justicia aunque perezca el mundo).

natural para casos de tráfico de cocaína en el cuerpo¹⁷⁴. El cambio fue marcado por la STS 307 del 5 de junio de 2008 (M.P. BACIGALUPO), bajo la idea de que «El mal naturalmente sufrido por la comisión del delito ya implica una compensación (parcial) de la culpabilidad por el hecho que se debe descontar para que la pena no sea un mal superior al causado por el autor»¹⁷⁵.

La consideración de que «el mal, sea tanto estatal como natural, que debe soportar el autor del delito como pena[,] no debe ser superior al mal causado por el mismo»¹⁷⁶, establece la prohibición de exceso en el sentido de que la pena no puede ser mayor que el mal causado con el delito, por lo cual, los padecimientos que sufra el autor deben considerarse en la imposición del castigo. El Tribunal Supremo español deriva esta regla del principio de culpabilidad, aunque esta se deriva, en últimas, como afirma SILVA SÁNCHEZ¹⁷⁷, de la prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio¹⁷⁸.

Otro problema abordado por la jurisprudencia española respecta al arrepentimiento como pena natural. En el fallo STS 424 del 27 de abril de 2010 (M.P. MAZA) se estudia el caso de un uxoricida que, luego de matar a su exesposa, intentó suicidarse, fracasando en el intento pero ocasionándose graves lesiones; situación que fue presentada tanto de arrepentimiento (*pœna moralis*) como de lesión (*pœna*

¹⁷⁴ STS 806 de 30 de abril de 2002, STS 575 del 7 de octubre de 2008 (M.P. BERDUGO).

¹⁷⁵ STS 307 del 5 de junio de 2008, M.P. Enrique BACIGALUPO.

¹⁷⁶ Ibid.

¹⁷⁷ SILVA SÁNCHEZ. *Malum passionis...*, p. 161.

¹⁷⁸ Sin embargo, la referencia a que la pena no puede exceder el «mal» causado con el delito desvirtuaría la legitimidad de la pena en tratándose de delitos de mero peligro, en la medida en que no se configura un daño que deba ser resarcido. En todo caso, esta regla parece derivarse del talión como medida de proporcionalidad exacta entre el daño cometido y el daño merecido.

physica). En este caso se negó el reconocimiento de la pena natural, bajo la consideración de que las heridas sufridas por el autor no estaban conectadas con el delito, situación que suscitó tanto un voto particular del ponente MAZA¹⁷⁹ como una reflexión de SILVA SÁNCHEZ respecto de si el arrepentimiento puede considerarse pena natural¹⁸⁰.

Sobre este particular es evidente que las opiniones contrastan entre quienes, por un lado, como MAZA, estiman que tanto el arrepentimiento como las heridas ocasionadas, con fundamento en la STS 307/2008 «podrían considerarse pena natural»¹⁸¹; mientras que BACIGALUPO¹⁸², ponente del referido precedente, lo rechaza, y SILVA SÁNCHEZ¹⁸³ es ambivalente al respecto. No obstante, a diferencia de los alemanes, los juristas españoles no analizan los problemas del arrepentimiento y la autopunición dolosa bajo el principio *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

Finalmente, debe tenerse en cuenta la STS 132 de 20 de febrero de 2014 (M.P.) Jorge BARREIRO), decisión que limitó la relevancia de la pena natural a «que se produzca un daño (y no un mero riesgo) y nunca como atenuante analógica, sino

¹⁷⁹ STS 424 del 27 de abril de 2010 (M.P. MAZA).

¹⁸⁰ SILVA SÁNCHEZ. *¿Puede considerarse...*

¹⁸¹ Voto particular citado por RUIZ MIGUEL. *Op. cit.*, p. 8, nota 32.

¹⁸² Miembro de la mayoría del Tribunal en la STS 424/10

¹⁸³ SILVA SÁNCHEZ. *¿Puede considerarse el remordimiento...: «La cuestión es si el legislador ha partido de que todo delincuente experimenta un cargo de conciencia y, por ello, ha descontado de la facticidad de la poena forensis correspondiente a cada tipo la cuota de sufrimiento propia del remordimiento. O si, por el contrario, dada la creciente laxitud de las conciencias o su errónea conformación, ya no puede partirse —y tampoco lo hace el legislador— de que en todo delincuente el delito conlleve sufrimiento interior derivado del juicio del tribunal de la conciencia.*

únicamente mediante el recurso a la individualización judicial de la pena, es decir, en el margen de discrecionalidad expresamente previsto por el Código Penal»¹⁸⁴.

Mención aparte merece la línea jurisprudencial consolidada en España respecto de que las dilaciones indebidas comportan para el acusado «un sufrimiento innecesario e injustificado a consecuencia de la excesiva duración del proceso»¹⁸⁵, por lo cual procede «compensar con una reducción de la pena la parte de la culpabilidad ya “pagada”». Sin embargo, esta cuestión quedó zanjada con la reforma del Código Penal español de 2010, que incluyó expresamente las dilaciones indebidas como circunstancia atenuante.

RUIZ MIGUEL es crítico con la doctrina que considera las dilaciones indebidas como una manifestación de pena natural, porque estas «no son una consecuencia causada por la propia acción del autor, sino una infracción de un derecho por el propio Estado que impone la pena. Solo desde una difícilmente explicable dicotomía según la cual todo año que no es pena forense es pena natural se puede sostener la tesis del TS español de que las dilaciones indebidas son una forma de pena natural o una figura equivalente a ella».

Por lo tanto, RUIZ MIGUEL se opone a nuestro concepto de pena natural que corresponde a la *pœna non forensis* orientado por el requisito de causalidad, en el entendido de que la pena natural debe ser una «consecuencia causada por la propia acción del autor». No obstante, debe tenerse en cuenta que este concepto

¹⁸⁴ RUIZ MIGUEL. *Cít.*, p. 8.

¹⁸⁵ STS 1387 de 27 de diciembre de 2004 (M.P. Giménez García). Citada por RUIZ MIGUEL. Cf. STS 519 de 6 de julio de 2017 (M.P. Varela), SSTS 288 de 7 de abril de 2016 (M.P. Monterde) y SSTS 455 de 21 de junio de 2017 (M.P. Saavedra).

restringido de pena natural no es racional en la medida en que la limitación de la pena natural a los efectos causales conlleva la asignación de efectos punitivos a la naturaleza.

En cambio, la experiencia práctica de la pena natural enseña que el sentido de reconocer el sufrimiento del autor como causal de atenuación o eximición del castigo está vinculada a factores como la inexistencia de conflicto social y jurídico que requiera de pena o la prohibición de exceso en el castigo por situaciones aflictivas que se concreten en el autor; pero no se desprende de estos requisitos un criterio de causalidad que, por lo demás, resulta artificioso de implementar en materia jurídica y social¹⁸⁶.

En apoyo de esta posición se encuentra BACIGALUPO, para quien «las privaciones de derechos sufridas por el acusado durante el proceso, como la prisión provisional o las dilaciones indebidas...» representan eventos de compensación destructiva de la culpabilidad¹⁸⁷.

§15. Estados Unidos

En Estados Unidos no se encuentra reconocida la *pœna naturalis* en la legislación federal ni tampoco en las normas propias de cada estado. En este país se han conocido varios casos típicos de pena natural, como el del asaltante de Chicago que, en la huida, se hiere con su propia arma en el pene; o el de la madre en Luisiana que subió a su pequeño hijo a un vehículo sin las precauciones reglamentarias y

¹⁸⁶ FRISCH. *Cit.*, p. 26.

¹⁸⁷ RUIZ MIGUEL. *Cit.*, p. 12. Cita a: BACIGALUPO ZAPATER en: OUVIÑA/VITALE/BACIGALUPO. *Teorías actuales en el derecho penal*. 1998.

este resultó muerto en una colisión, pero la muerte le fue imputada a ella¹⁸⁸. No obstante, salvo un caso de conducción temeraria en Virginia en que la acusada había resultado gravemente herida, no existen precedentes que reconozcan esta circunstancia en el derecho norteamericano.

El problema de la pena natural en Estados Unidos ha sido recientemente estudiado por Raff DONELSON en un artículo titulado «*Natural Punishment*»¹⁸⁹. Para este autor, la pena natural «ocurre cuando el autor enfrenta serio daño proveniente del delito y no de nadie más que busque retribución en su contra», por lo cual establece tres criterios para definir la pena natural: (1) que se trate de una adversidad (2) ocasionada por el delito y (3) no causada por nadie con la intención de castigar el delito¹⁹⁰.

El concepto de DONELSON se fundamenta en la idea de adversidad, pero no se trata de cualquier tipo de adversidad, sino aquella resultante de la conducta ilícita de un autor¹⁹¹, y que, por otra parte, no provenga de nadie con la intención de retribuir el delito. Esta conceptualización tiene dos efectos prácticos: de una parte, excluye de la pena natural las retaliaciones de las pandillas, es decir la heteropunición no institucionalizada, en la medida en que serían actos tendientes a la retribución del delito; y por otra, amplía el espectro de la pena natural a todos los daños graves «resultantes» del delito que no busquen castigarlo, con lo cual, las restricciones de derechos que sufre el investigado en el proceso penal, como la prisión preventiva,

¹⁸⁸ Citados por DONELSON. *Cit.*

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ *Ibid.*, pp. 1 y 7.

¹⁹¹ «*Natural punishment*, as defined here, refers to any sufficiently serious adversity resulting from a wrongdoer's misconduct without the intervention of anyone intending to cause retributive harm to the wrongdoer». *Ibid.*, p. 7.

se incluye dentro del concepto de pena natural porque representa un daño que, si bien proviene del Estado, no es impuesto con la finalidad de castigar en tanto no constituye pena.¹⁹² De este modo el autor propone resolver el «misterio del crédito por el tiempo servido», un problema recurrente en el derecho norteamericano consistente en decidir si descontar o no de la pena el tiempo de la medida de aseguramiento previa a la imposición de aquella.

A este respecto, consideramos acertada la inclusión como *pœna naturalis* de la medida de aseguramiento y cualquier otra medida cautelar que se decrete en contra del acusado en ejercicio de la acción penal derivada del delito, debido a que estas restricciones constituyen afectaciones de indudable entidad sobre el procesado que, sin embargo, no representan formalmente un reproche por el delito, pero sustancialmente corresponden a verdaderas penas, por la aflicción que ocasionan (máxime en la prisión preventiva), como por el efecto comunicativo de reproche que tiene la medida cautelar personal respecto del procesado, porque con este tipo de decisiones se expresa a la comunidad, de acuerdo con la teoría general de las medidas cautelares, que la acusación tiene apariencia de mejor derecho que el acusado¹⁹³.

Por lo tanto, ciertamente las graves afectaciones derivadas del delito que no busquen retribuirlo constituyen penas en sentido lato, es decir penas no forenses. Sin embargo, el concepto de DONELSON restringe arbitrariamente la pena natural excluyendo las auto y heteropuniciones (actos que buscan retribuir el delito), lo cual, además, no se desprende de ningún principio general ni de las fuentes formales,

¹⁹² Ibid.

¹⁹³ De acuerdo con esta opinión, BACIGALUPO, *Derecho penal...*

sino solo de una definición incorrecta de la pena natural según la cual estaría vinculada al principio de causalidad en la naturaleza.

Según DONELSON la pena natural no requiere magia ni aceptar ningún tipo de pensamiento místico en que se asuma que la naturaleza o el mundo castigan por medios no institucionales al autor de un delito, es decir que la pena natural «no requiere fuerza sobrenatural».¹⁹⁴

La racionalidad de la pena natural estaría fundamentada en que «el delito de alguien juegue un rol causal en su afectación, y que esta afectación no resulte de alguien en busca de retribución contra el autor del delito»¹⁹⁵. En este aspecto, DONELSON coincide con la doctrina mayoritaria en punto de exigir la causalidad como criterio de racionalidad u objetividad de la pena natural.

Esta exigencia de la causalidad en la pena natural puede tener origen en la idea de KANT según la cual el vicio se castiga a sí mismo, aunque, de manera más amplia, refleja la concepción racionalista occidental que ha asentado la cultura y, de contera, las normas jurídicas, conforme la idea de causalidad¹⁹⁶.

No obstante, la causalidad puede ser discutida en dos aspectos: en primer lugar, porque la pretendida racionalidad que busca la causalidad se asienta sobre el

¹⁹⁴ DONELSON. *Cit.*, p. 10.

¹⁹⁵ «Natural punishment has affinities with ideas like karma or divine punishment. In natural punishment and in these other ideas, we get adversity, wrongdoing that causes the adversity, and no intervention by any human agent seeking to exact retributive harm upon the wrongdoer. » Ibid.

¹⁹⁶ Cf. Michael MOORE. «Causation in the Law». En: Edward N. ZALTA (Ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Edición invierno 2019.

concepto de causa próxima o causa relevante¹⁹⁷, que suele ser objeto de críticas por parte de la doctrina jurídica en la medida en que encierra una petición de principio o presuposición del intérprete respecto de la causa que ha de considerar relevante dentro de una cadena de hechos vinculados *ad infinitum*; todo lo cual ha dado lugar en el derecho europeo y latinoamericano a la teoría de la imputación objetiva como propuesta para corregir las debilidades epistemológicas de la causalidad¹⁹⁸.

Pero resulta más importante la crítica en el sentido de que la causalidad como criterio de racionalidad de la pena natural sin duda ofrece un parámetro objetivo para encadenar hechos relevantes que pudieran considerarse pena natural, es decir, las consecuencias del delito¹⁹⁹, con lo cual se excluyen los eventos no vinculados al delito, entendidos como aquellos posteriores, es decir que los eventos previos al delito que pudieran considerarse afectaciones graves, aun si fuera «causa» de este, estaría excluido.

Por lo tanto, la preocupación por la causalidad no apunta tanto al nexo racional entre dos hechos, sino a la temporalidad de estos, limitándose solo a aquellos posteriores al delito que se puedan entender como consecuencias, frente a lo cual, de hecho, la doctrina suele exigir que sean consecuencias próximas al delito y por esto SILVA SÁNCHEZ ha denominado la institución como una figura posdelictual²⁰⁰.

¹⁹⁷ Ibid.

¹⁹⁸ ROXIN. *Derecho penal...*, p. 346.

¹⁹⁹ Se debe resaltar que la relación de causalidad que exige la doctrina es prospectiva, o sea solo las consecuencias y no las causas, posiblemente bajo la idea de que la causa del delito es la conducta del autor.

²⁰⁰ Cf. SILVA SÁNCHEZ. *Malum passionis...*

Lo cual revela la arbitrariedad y la falta de rigor epistemológico con que la doctrina ha tratado la causalidad en la pena natural, puesto que con esta idea se ha establecido una barrera temporal artificial, es decir que no consta en las fuentes ni se deriva de los principios del derecho penal, en el sentido de que solo serían constitutivos de pena natural los eventos posteriores al delito.

Esta idea se debe rechazar porque el único criterio relevante para la idea de pena natural es que se trate de un mal o una adversidad grave que padezca el autor y que tenga el efecto aflictivo y comunicativo similar a la pena, en el sentido de que sea percibido, tanto por el sujeto como por la comunidad, como una pena, aunque no provenga del Estado: es decir una *pœna non forensis*, que debe ser analizada de acuerdo con el principio de necesidad de la pena estatal para determinar si se impone o no, o en qué proporción, un castigo institucional.

Imponer una restricción lógica de tipo causal, por el contrario, resulta irracional porque implica aceptar que el vínculo causal es el fundamento de la pena natural y que de manera causal la naturaleza o el mundo imponen un castigo, idea que resulta contraria al sentido aceptado de la palabra castigo, porque este requiere del ejercicio de una autoridad o de alguien con voluntad de castigar, de lo cual carecen la causalidad y la naturaleza.

En esa medida, fundamentar la pena natural en la causalidad significa dotar de atributos punitivos a la naturaleza y resulta tan irracional como buscar la justicia por medio de la magia o el destino. Si este fuera el fundamento de la institución, tendría razón SPOTTE en denunciar su irracionalidad y falta de legitimación porque equivaldría a sustituir la magia, los dioses o el destino por la causalidad, y atribuirle a esta la función del castigo.

La causalidad no es el fundamento de la pena natural ni un elemento necesario de su concepto, contrario a lo supuesto por DONELSON, sino el principio de necesidad de pena en atención a una grave afectación que padece el autor en virtud de la cual

se debe considerar si la imposición de la pena estatal (la prevista por la ley) es legítima.

No sería suficiente profundizar en las críticas a la causalidad como elemento de la pena natural, si no se explica, en última instancia, entonces cuál es el fundamento de la pena natural, es decir, el principio de necesidad de pena, que incluye lo recogido por SILVA SÁNCHEZ respecto del principio de prohibición de exceso de la pena (proporcionalidad en sentido amplio).

En nuestra consideración, no son los graves eventos objetivamente vinculados al delito sino subjetivamente vinculados al autor los que constituyen la pena natural, es decir, todos aquellos que, con excepción de la pena estatal, signifiquen una adversidad importante para aquel. Estos hechos adversos para el autor deben ser vistos en relación con la pena prevista para el sujeto²⁰¹, de forma que, previo a la imposición de un castigo, se realice un juicio de proporcionalidad en que se considere la pena natural. Los resultados de este análisis pueden ser desestimar la pena natural, si no se considera de gravedad suficiente en relación con la pena; aceptar la pena natural como una circunstancia que hace menos necesaria la imposición del castigo, pero pervive esta necesidad en cierta medida, por lo cual se impondría una pena inferior o atenuada; y finalmente, puede ser de tan entidad la pena natural que excluya la necesidad de la pena, es decir que funcione para efectos materiales como excluyente de la responsabilidad²⁰².

²⁰¹ Y no frente al daño ocasionado ni frente a la gravedad de la conducta misma, debido a que la proporcionalidad se analiza con relación a la pena estatal.

²⁰² En los términos del esquema roxiniano que incluye, aparejado a la culpabilidad, la necesidad de la pena como criterios de responsabilidad. En todo caso, las hipótesis pueden ampliarse a condenar, pero no ejecutar el castigo, solución que resulta artificiosa incluso frente a los fines comunicativos de la norma, pues dejaría el mensaje ambiguo de condenar solo simbólicamente.

De esta forma, el fundamento real de la pena natural se deriva de la prohibición de exceso en el castigo, es decir, del principio de racionalidad de la pena, que implica tanto, de manera positiva, que las penas sean humanas, y de manera negativa, que no sean crueles. No obstante, la idea de crueldad en el castigo en este aspecto no es vista como un mal o inhumanitario trato en la ejecución del castigo estatal, sino como un exceso en la imposición misma del castigo, en virtud de que la persona ya ha sufrido daños considerables distintos del castigo estatal, que lo harían menos legítimo.

Pero ¿por qué es menos legítimo el castigo estatal en virtud de que la persona ha padecido otros males distintos al previsto por el ordenamiento jurídico? Por este motivo, la doctrina ha limitado estos males a los conectados causalmente con el delito, con la aceptación implícita de que el delito se castigaría causalmente a sí mismo, y ha sostenido que los demás daños no conectados causalmente son irrelevantes como pena natural porque no retribuyen ni previenen el delito²⁰³.

Pero como, se insiste, el fundamento de la pena natural no es que el delito se castigue a sí mismo, sino que la pena estatal sería excesiva, los eventos de pena natural harían menos legítima la pena estatal o descartarían su legitimidad si la proporcionalidad indicara que el autor de un delito ha sufrido adversidades equivalentes al castigo que le previene el ordenamiento por su conducta. En una palabra: se acepta que la pena es un mal reservado al autor del delito, pero no se hace necesario cuando este ya ha sufrido un mal semejante.

²⁰³ Ciertamente, los eventos de pena natural causal tampoco retribuyen racionalmente el delito, ni lo previenen. Al respecto, en el siguiente capítulo se analiza lo relativo a la teoría de los fines de la pena.

Por supuesto, la proporcionalidad entre la pena natural y la pena forense debe ser vista en términos funcionales y no como equivalencia sustancial, es decir que no se requiere que el autor sufra la misma adversidad prevista en la ley, como la reclusión durante determinado tiempo; sino que sufra un mal que constituya una adversidad significativa para sí mismo, y que, en términos funcionales, pueda equivaler a la pena estatal.

Nuestra hipótesis es que esta prohibición de que el castigo no sea excesivo se deriva, como regla negativa, del antiguo principio del talión. Para los antiguos²⁰⁴ y posteriormente para KANT, el talión es la medida perfecta para el castigo, a pesar de que actualmente se encuentra proscrito como medida de castigo en los ordenamientos occidentales. Sin embargo, pervive la idea —presente en la jurisprudencia española— de que nadie debe ser castigado por encima del daño que ha ocasionado, es decir que, tanto en nuestra cultura como en el sistema jurídico, se vinculan el daño imputado a un sujeto con el castigo, y se ha establecido como principio que el castigo no exceda al daño²⁰⁵. En consecuencia, la prohibición de exceso puede ser vista como la regla negativa del talión: siendo la primera, que el castigo equivalga al delito; esta significa que el castigo no supere al delito.

Nuevamente, las equivalencias entre las magnitudes deben ser vistas funcionalmente y no de manera literal entre pena natural y pena forense, así como deben ser vistas entre delito y pena. A este respecto, es incorrecto interpretar la

²⁰⁴ Cf. *Éxodo*, 21: 23-25.

²⁰⁵ «El talión jugó un considerable papel como barrera de una irrefrenable reacción y como símbolo de la retribución. Ahora bien, no puede proporcionar la medida de la pena.» FRANZ VON LISZT. *La idea de fin en el derecho penal*. Universidad Autónoma de México. México, 1994, p. 95.

proporcionalidad de la pena natural como la identidad de daños ocasionados con el delito o derivados de la pena, sino solo como adversidades funcionales o que afecten de manera grave al sujeto en su vida de un modo proporcional a como lo prevén las sanciones estatales.

Como reconoce DONELSON²⁰⁶, el problema respecto de la conmensurabilidad de la pena natural es uno de los mayores desafíos para la decisión en este tipo de casos, puesto que es innegable que resulta difícil ponderar, por ejemplo, daños físicos o padecimientos morales versus años de prisión o multas, frente a lo cual el autor norteamericano se pregunta: «¿cuántos años de prisión vale una pierna rota?». Sin embargo, esto no excusa la racionalidad de la decisión judicial, que debe sostener, dependiendo del caso, las razones para disminuir el castigo estatal en virtud de una pena natural relevante, como las razones para sostener el castigo estatal a pesar de una pena natural irrelevante.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que el problema de la medida de la pena natural no es diferente del problema de la medida de las penas estatales: «el derecho penal ya hace lo inconmensurable conmensurable».²⁰⁷

§16. Argentina

En Argentina la pena natural es reconocida como causal de cesación del procedimiento a través de archivo o principio de oportunidad en la mayoría de las provincias, así como en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En consecuencia, la pena natural en Argentina es una institución del procedimiento penal para cesar el

²⁰⁶ DONELSON. *Cit.*, p. 38.

²⁰⁷ *Ibid.*

procedimiento, que regula cada provincia de acuerdo con sus criterios particulares de política criminal²⁰⁸.

En primer lugar, se limita la aplicación de la pena natural para los casos de delitos imprudentes en cuatro provincias, así como en Buenos Aires; y en Córdoba y Santa Fe limitan la pena natural de acuerdo con el mínimo de años de prisión que se prevé para el delito, de manera similar al § 60 alemán.

Por otra parte, el código procesal penal de la provincia de Neuquén excluye el reconocimiento de la pena natural «en los casos de delitos dolosos cometidos por un funcionario público en el ejercicio de su cargo o por razón de él»²⁰⁹, es decir que establece limitación por el sujeto activo de la conducta.

Finalmente, la mayoría de las legislaciones provinciales exigen como requisito para el reconocimiento de la pena natural la indemnización de la víctima, así como se prevé la posibilidad para estas de que, aun reconocida la pena natural para la persecución oficial, se permita la constitución de acusación particular para continuar con el proceso²¹⁰.

A nivel doctrinal, debe destacarse la mención de ZAFFARONNI *et al.* en su tratado *Derecho penal*²¹¹, según quienes «Se llama *pœna 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

²⁰⁸ SERRANO. *Cit.*, pp. 31 y ss.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 33.

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ ZAFFARONI *et al.* *Cit.*, p. 996. Citado por SERRANO. *Cit.*, p. 19; y por BOBADILLA. *Op. cit.*

quantum que excedería la medida señalada por el principio de proporcionalidad entre delito y pena, sin contar con que lesionaría seriamente el principio de humanidad, y que también extremaría la irracionalidad del poder punitivo, pues llevaría hasta el máximo la evidencia de su inutilidad.»

Esta es una de las definiciones más citadas en la doctrina y en las decisiones judiciales sobre la pena natural en el contexto latinoamericano. Es evidente que ZAFFARONI maneja un concepto amplio de pena natural, según el cual puede llegar, en hipótesis extremas²¹², a «cancelar toda posibilidad de otra pena estatal» cualquier «mal grave» que sufra el autor «en la comisión del injusto o con motivo de éste», sin más requisitos ni restricciones interpretativas.

La opinión de ZAFFARONI acierta en los contornos de la pena natural al considerarla como el mal real que padece el autor que, debido a su gravedad, haría desproporcionada la imposición de una pena estatal. También es importante destacar que ZAFFARONI no limita la pena natural a la causalidad, en la medida en que no exige nexo causal entre la pena natural y el delito, sino que esta hubiera ocurrido «en la comisión del injusto o con motivo de este»; de modo que usa los criterios lógicos de concomitancia con el delito («en la comisión») y de causa, expresada bajo la fórmula «con motivo de». Por esta razón ZAFFARONI, a diferencia de la doctrina mayoritaria, acepta como pena natural el caso de las heridas de bala que sufre el autor a manos de la policía en una persecución posterior al delito, así como reconoce que la pena natural pueda provenir tanto del comportamiento del autor como de un tercero, que no se limite a los daños físicos o económicos sino que incluya los de cualquier carácter, siempre que sea «por motivo» del delito²¹³.

²¹² Ibid.

²¹³ Ibid.

El autor argentino comprende que la pena natural debe ser imputada con relación al delito en la medida en que solo se exige que sea un mal grave que ocurra por motivo del injusto, pero no emplea un concepto causal estricto o un calco de la causalidad científica en el derecho²¹⁴, sino bajo el entendido de los daños que se originan con motivo de las circunstancias delictivas, con lo cual no se restringe la pena natural a las consecuencias inmediatas del comportamiento del autor sobre sí mismo, como lo ha entendido, por ejemplo, la jurisprudencia española, sino también aquellos daños ocasionados por terceros, o por cualquier otra circunstancia que directa o indirectamente se motive en el delito.

Al respecto, consideramos que esta propuesta teórica vincula al concepto de pena natural más eventos que los que la teoría mayoritaria admite; sin embargo, debe tenerse en cuenta que ZAFFARONI emplea un modelo de imputación de la pena natural al delito, es decir que la deriva del delito mismo y por lo tanto, al igual que el resto de la doctrina, no repara en cuanto a la diferencia de tratamiento en la imputación de la pena natural respecto de los criterios de imputación del delito, habida cuenta de que ambos se tratan de imputaciones subjetivas de resultados al comportamiento del autor. Desde esa perspectiva, insistimos, la teoría debe vincular la pena natural al comportamiento del autor bajo los mismos criterios de imputación del tipo objetivo, es decir que no baste con la mera causalidad directa.

No obstante, nuestra posición difiere de la propuesta por ZAFFARONI en la medida en que comprendemos que la pena natural es el mal que sufra el autor, considerado con independencia de la realización del injusto, y que puede tornar ilegítima la imposición del castigo estatal bajo la perspectiva de que la norma penal es

²¹⁴ Cf. MOORE. *Cit.*

impersonal y abstracta, y en determinadas situaciones su aplicación puede resultar injusta por desproporción.

En esa medida, nuestra propuesta asume que la raíz del problema de la pena natural no es la vinculación causal del daño con el comportamiento del autor, sino el reconocimiento de una circunstancia que afecta personalmente el objeto de la sanción penal, esto es, el autor, por lo cual proponemos abandonar la imputación objetiva del daño al comportamiento, e implementar la imputación subjetiva, es decir que, en primer lugar, la pena natural afecte al autor; y, en segundo lugar, pueda ser entendida *lato sensu* como un castigo para el delito, para lo cual resulta racional imputar objetivamente la pena natural al comportamiento típico, para lo cual existen mejores cuerpos teóricos que la causalidad eficiente como teoría de la imputación objetiva²¹⁵ o mediante fórmulas más amplias como «por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta»²¹⁶.

En consecuencia, la pena natural afecta sustancialmente la legitimidad de la pena estatal porque cuestiona la imposición de un castigo cuanto a la medida o cualidad de este, lo que ZAFFARONI denomina el «*quantum*» de la pena, frente a lo cual — agregamos— importa también la *qualia*, calidad o tipo de pena en particular. Por lo tanto, resulta relevante analizar, con motivo del principio de proporcionalidad, no solo la gravedad del daño que padece el autor, sino también la cantidad y el tipo de pena estatal que prevé la ley para el autor, de modo que, por ejemplo, una pena de multa en determinada cuantía pueda no resultar excesiva con relación al autor,

²¹⁵ Ibid.

²¹⁶ Como establece la Constitución colombiana respecto de la competencia material de la JEP. Cf. Artículo transitorio 5 del título constitucional sobre las normas para la terminación del conflicto armado.

mientras que una privativa de la libertad por determinada cantidad de años, sí: puede ocurrir que, siendo concurrentes ambos tipos de pena, una resulte desproporcionada con motivo de la pena natural y la otra no.

La anterior consideración es importante para concluir que, si bien la pena estatal debe ser vista con relación a los principios de proporcionalidad y humanidad, el problema de la pena natural, en el derecho actual, se vincula con la legalidad estricta de las penas, y especialmente con los mínimos de las penas que imponen una barrera al juez para asignar un castigo en la medida en que considere necesario para el caso en concreto, bajo la consideración de que esa necesidad ha sido valorada previamente por el legislador. Sin embargo, la valoración de necesidad que hace el legislador en la criminalización primaria²¹⁷ conlleva el ejercicio del poder general, impersonal y abstracto de la ley que no tiene en cuenta las circunstancias particulares de cada destinatario de la norma penal.

En esa medida, estimamos que, siempre que las leyes establezcan mínimos estrictos para las penas, de conformidad con el principio de proporcionalidad esos mínimos deben entenderse bajo el supuesto de que no concurra una pena natural, es decir que se trate de una situación ordinaria, porque de presentarse aquella la imposición del mínimo legal puede significar una desproporción en el castigo respecto del autor, quien habría de sufrir la pena estatal aparejada a la pena natural, y de este modo, el castigo resulta más gravoso que el fijado por la ley, y que el impuesto respecto de las personas que no padecen de pena natural. A este respecto, estimamos que es incorrecto asumir que se debe «descontar» la pena natural de la forense, sino que, en la decisión de la necesidad de la pena estatal,

²¹⁷ ZAFFARONI et al. *Op. cit.*

debe considerarse la existencia de la pena natural para justificar la decisión de imponer el castigo en determinado tipo y cantidad.

De lege ferenda, puede considerarse que las normas penales no establecieran un mínimo impersonal y abstracto, sino que permitiera establecer el castigo de conformidad con cada situación particular. En ese contexto el juez puede partir del mínimo castigo imponible que resultara significativo para la sociedad, hasta los máximos aceptados por la misma sociedad, de manera que podría considerar abiertamente situaciones excepcionales como las graves afectaciones que puede padecer el autor que, al tratarse de condiciones de evidente gravedad, harían que la decisión de imponer un castigo (por ejemplo, de tipo económico) ocasionaría una situación de ruina que resultaría excesivo e inconveniente tanto para el sujeto como para la sociedad.

Pero, *de lege lata*, como quiera que los ordenamientos contemporáneos establecen penas mínimas e impersonales, debe considerarse si la concurrencia de una pena natural aparejada a una pena estatal conforme al mínimo estatal es excesiva en relación con los demás sujetos de la norma penal en quienes no concurre la pena natural. Bajo la consideración de que la pena mínima es impersonal, debe entenderse que es igual para todos los destinatarios, siempre que no hubieran padecido ya una pena natural, en cuyo caso la aplicación del mínimo legal sería desigual con respecto a quienes no padecen sufren pena natural y, por lo tanto, con relación a ellos sería excesivo. En resumen, la proporcionalidad no debe ser vista solo en relación con el delito, sino también en relación con la situación de los destinatarios de la norma penal, de manera que la pena mínima y necesaria incluya la consideración de haber padecido una pena natural.

De otra parte, es importante destacar la tesis de maestría de Manuel Francisco SERRANO²¹⁸ de la Universidad Nacional de Quilmes. SERRANO propone un concepto de pena natural mediante en el análisis conceptual de tradición anglosajona. Basado en DWORKIN²¹⁹ afirma la existencia de tres tipos de conceptos, a saber: los conceptos criteriológicos (*criteria concepts*), que implican el acuerdo en torno a la definición y el uso de ejemplos, por lo cual no suele generar grandes problemas interpretativos, como «soltero» o «triángulo equilátero»; los conceptos naturales (*natural kind concepts*), que tienen una identidad fija, de modo que los hablantes los usan para referirse al mismo objeto, como un animal o una planta; y finalmente, los conceptos interpretativos, que sirven «para reflexionar y cuestionar nuestras prácticas», para lo cual solo basta con que las personas acuerden en calificar ese concepto como «interpretativo», es decir que «no acordamos las circunstancias de aplicación de estos conceptos, pero entendemos que su correcta aplicación está determinada por la mejor interpretación de las prácticas en que ella figura».²²⁰

Según SERRANO, la pena natural es un concepto interpretativo, que debe ser valorado de acuerdo con el principio dworkiniano de integridad política, es decir conforme «un conjunto coherente de principios políticos, en beneficio de sus ciudadanos»²²¹. Asimismo, propone que se interprete de acuerdo con la concepción comunicativa del castigo de Antony DUFF²²², tendiente a «comunicar al ofensor la

²¹⁸ SERRANO. *Op. cit.*

²¹⁹ Ronald DWORKIN. *Justice in robes*. Harvard University Press, 2006. Citado por SERRANO, p. 10.

²²⁰ Ibid. Para determinar el tipo de concepto se debe abordar en un nivel semántico, es decir referido al sentido. «Luego, en el nivel *iusfilosófico (jurisprudential state)*, el teórico debe construir el tipo de teoría que resulte apropiada para analizar el concepto». P. 11.

²²¹ Ibid.

²²² Cf. Antony DUFF. *Punishment, communication and community*. Oxford University Press. Oxford, 2001. Citado por SERRANO. *Cit.*

censura que merece por su crimen y debería buscar persuadirlo para que se arrepienta por ellos, que trata de reformar su carácter y que se reconcilie con la víctima»²²³. SERRANO estima esta teoría compatible con la de DWORKIN.

En conclusión, SERRANO sostiene que los elementos esenciales de la pena natural son, en primer lugar, «el daño o sufrimiento que recae sobre la persona», en segundo lugar, «la necesidad de que este daño esté relacionado con la comisión de un delito», y, en tercer lugar, «las normas que le dan sustento jurídico a la sentencia que se funda en una pena natural», entendida esta como los principios normativos que legitimen la pena natural²²⁴.

Estamos de acuerdo en lo esencial respecto de los criterios necesarios extraídos por SERRANO, aunque es conveniente anotar que el primer requisito lógico para hablar de una pena natural relevante para el derecho penal es la existencia, por lo menos, de un injusto, bajo el entendido de que la pena natural presupone haber superado la discusión sobre la comisión de una conducta típica. El segundo elemento es el daño o pena natural considerada como un hecho que afecta o se imputa subjetivamente al autor. Y, por último, es necesario que el ordenamiento jurídico reconozca esta situación, es decir que la pena natural exista como institución jurídica en determinado sistema, con los requisitos e interpretaciones particulares de cada sociedad, conforme su política criminal.

§17. Chile

²²³ SERRANO. *Cit.*, p. 12.

²²⁴ *Ibid.*, p. 55.

En el derecho chileno no se ha reconocido la pena natural como circunstancia eximente o atenuante; sin embargo, Carlos BOBADILLA BARRA, de la Universidad Católica de Valparaíso, publicó un importante estudio²²⁵ sobre los fundamentos, límites y posible aplicación de la pena natural en el derecho chileno.

BOBADILLA recoge las opiniones doctrinales en América Latina, España y Alemania sobre la pena natural. Este autor, siguiendo a SILVA SÁNCHEZ²²⁶ y las corrientes funcionalistas, afirma que la pena tiene una dimensión fáctica y otra comunicativa, siendo esta, el símbolo que confirma «la identidad normativa de la sociedad»; y aquella, la percepción «práctica» de que «la pena es sentida irrefutablemente como un mal»²²⁷. La pena natural es, siguiendo estos conceptos, «una lesión o mal que recae en el autor del delito»²²⁸, que sirve como «equivalente funcional» de la dimensión fáctica de la pena²²⁹, o sea que es un mal en sentido práctico. Respecto del aspecto expresivo de la pena, afirma, siguiendo a FEIJOO²³⁰, que la pena natural puede ser entendida como un factor posterior a la comisión del delito que puede «modificar el significado comunicativo del hecho, haciendo posible estabilizar la norma con menos pena»²³¹. En conclusión, este autor propone que se pudiera «fundar la aplicación de la *pœna naturalis* en la falta de necesidad de estabilización

²²⁵ BOBADILLA. *Cit.*

²²⁶ SILVA SÁNCHEZ. *Malum passionis...*

²²⁷ BOBADILLA. *Cit.*, p. 42.

²²⁸ *Ibid.*, p., 43.

²²⁹ *Ibid.*, p. 52. En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, quien cita a JAKOBS. Cf. SILVA-SÁNCHEZ. *Malum passionis...*, p. 159.

²³⁰ *Ibid.*, p. 49.

²³¹ *Ibid.*, p. 52.

de la norma, al haberse resuelto el conflicto sin necesidad de imposición de una pena»²³².

BOBADILLA coincide con la doctrina mayoritaria en examinar si la *pœna naturalis* cumple con las características de la *pœna forensis*, siendo un error metodológico que busca infructuosamente asimilar dos categorías distintas, y afirma por lo tanto que «resulta redundante hablar de pena estatal, pues en nuestras sociedades, el único legitimado para imponer una pena es el Estado»²³³. Sin embargo, la conclusión en el sentido de que el autor «ha sufrido un mal por la comisión de su delito» y habrá de recibir otro —la pena estatal— con causa del mismo suceso «resulta desproporcionado»²³⁴, son acertadas.

Así también, resulta importante reseñar el estudio de BOBADILLA en torno a los posibles modelos de aplicación de la pena natural en el ordenamiento jurídico, en concreto, de qué manera implementar la institución en el derecho chileno y con qué efectos, a saber: (1) que el juez determine exima o atenúe la pena en consideración de la pena natural, es decir que corresponda a un problema de punibilidad; o (2) que funcione como una circunstancia para que el órgano acusador no prosiga la investigación, es decir que corresponda a una causal de archivo, preclusión o de oportunidad²³⁵.

En resumen, BOBADILLA afirma que la pena natural es un mal producido por el autor, que tiene la cualidad de retribuir la culpabilidad, gracias a que «el mal producido por

²³² Ibid., p. 54.

²³³ Ibid., p. 9.

²³⁴ Ibid., p. 54.

²³⁵ Ibid., p. 54-66.

el delito pueda ser compensado por el sufrimiento post delictivo del autor, a modo de compensación de culpabilidad, resultando menester aplicar una pena menor en virtud de la menor extensión de dicho mal»²³⁶. Es decir que este autor entiende la pena natural como un equivalente funcional de la pena estatal, por lo cual realiza su examen enfocado en encontrar las cualidades de la pena estatal en la pena natural; así también, sostiene que, en definitiva, se trata de un problema de compensación de la culpabilidad en razón de un hecho «posdelictivo».

Aunque en el capítulo siguiente se hará el estudio dogmático de la pena natural en relación con el principio de culpabilidad²³⁷, es necesario señalar que la idea de la compensación, además de suponer la existencia de un débito y un crédito punitivo que daría lugar a la «compensación» y, por lo tanto, ser tan imprecisa como hablar de «dación en pago» o «condonación» de la pena; tiene el defecto de interpretar de indebida forma el principio *nulla poena sine culpa* en virtud del cual se ha entendido que el tamaño de la culpabilidad equivale al quantum de la pena²³⁸.

Por otra parte, BOBADILLA establece un criterio temporal para la pena natural, limitándola a los hechos posdelictivos, opinión que se vincula con la exigencia de vínculo causal en términos de consecuencia que requiere la doctrina europea. Tanto la exigencia de causalidad como la de temporalidad posterior al delito, aparentemente pretende ser racional al excluir necesariamente los hechos anteriores al delito como circunstancia de pena natural (en la medida en que serían o bien predelictivo o bien causas y no consecuencias); sin embargo, analizado el sentido de tal criterio, se concluye que parte de un sesgo cultural no establecido

²³⁶ Ibid., p. 95

²³⁷ V. *infra.*, § 21.

²³⁸ JESCHECK-WEIGEND. *Cit.*, p. 1285.

científicamente en torno a la existencia de causas o consecuencias relevantes en el derecho, así como de la aceptación de que la causalidad puede castigar.

§18. Colombia

En Colombia la pena natural está reconocida tanto en la legislación sustancial como en la procesal penal. La figura fue introducida en la segunda ponencia del trámite legislativo del Código Penal en el artículo referido a las penas²³⁹, en los siguientes términos:

*En los eventos de delitos culposos o con penas no privativas de la libertad, cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus familiares cercanos, se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria.*²⁴⁰

La justificación de esta norma fue dada en estos términos: «La vida práctica enseña casos donde el autor del delito, por consecuencia de su ejecución, sufre él o sus familiares cercanos las consecuencias del mismo, en tal forma que proceder a la imposición de una pena implicaría el desconocimiento del principio de necesidad.

²³⁹ Texto original del proyecto de ley del Código Penal del 2000: Artículo 34: «Las penas que se pueden imponer con arreglo a este código son principales, sustitutivas y accesorias privativas de otros derechos cuando no obren como principales».

²⁴⁰ Finalmente fue aprobado con el siguiente texto: «En los eventos de delitos culposos o con penas no privativas de la libertad, cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad, se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria».

Podría decirse que en el auto-daño causado se encuentra la retribución y sus consecuencias no justifican la prevención especial o general»²⁴¹.

Por consiguiente, la norma colombiana sigue a la alemana en cuanto establece que la pena natural es «las consecuencias de la conducta»; no obstante, se caracteriza por establecer la limitación de su reconocimiento a los delitos imprudentes o sancionados con penas no privativas de la libertad, descripción que deja en evidencia que la institución no riñe propiamente con el tipo subjetivo doloso, sino que depende de la decisión de política criminal para ampliar o restringir su alcance.

Asimismo, limita el reconocimiento de la pena natural a que estas consecuencias alcancen «exclusivamente» al autor o a sus familiares, es decir que no cobija los supuestos en que, además de estos, se afecte a otro tipo de personas. Este requisito apunta a que terceros no deban soportar las consecuencias de una conducta ilícita bajo el entendido de que, si afectan también al autor, no se reconoce la pena natural. De otra parte, se entiende como una decisión de política legislativa dirigida a limitar las hipótesis de pena natural a aquellas ocurridas en el seno de los grupos familiares. Pero constituye una restricción excesiva de la pena natural, en la medida en que su interpretación literal indica que en los casos en que resulte afectado el autor y un tercero, procede imponer la pena, a pesar de la grave afectación pueda tener para el autor y las consecuencias que desestimar este tipo de daños tiene frente a la proporcionalidad de las penas.

De este modo, la doctrina debe ocuparse de los eventos de concursos de conductas punibles en que se presenta una pena natural en la hipótesis de concurso homogéneo de delitos, que se caracteriza por la pluralidad de sujetos pasivos y,

²⁴¹ Gaceta del Congreso del viernes 23 de abril de 1999, p. 14.

naturalmente, por no concurrir unidad de conducta. Por ejemplo, el homicidio imprudente de varias personas, entre quienes se cuentan familiares cercanos del autor y terceros. Si la pena natural procede en los eventos en que resultan afectados «exclusivamente» el autor o su núcleo familiar, no procedería el reconocimiento de la pena natural; pero, habida cuenta de que se trata de un concurso de delitos, como quiera que cada conducta constituye un evento independiente, de esta manera separada habría de analizarse el reconocimiento de la pena natural, con la probable conclusión de que se reconozca frente a los homicidios imprudentes de familiares, pero no para el de terceros. Esta solución, que surge de una interpretación literal del texto legal, es insatisfactoria porque desconoce la naturaleza de la institución, en la medida en que se trata de reconocer una circunstancia adversa para el autor, es decir vinculada subjetivamente a él, pero referida a la necesidad de imponer pena por un comportamiento injusto que, en principio, requeriría pena porque se debe tratar de una conducta antijurídica y culpable, no obstante se puede atenuar o eximir la pena en razón del hecho sufrido por el autor y las repercusiones que tiene para la proporcionalidad de la pena por el acto injusto.

En la sentencia de casación del 6 de agosto de 2019²⁴², la Corte Suprema de Justicia casó la condena por homicidio imprudente respecto de un hombre que, en el año 2009, se movilizaba con su pareja sentimental en una motocicleta por Medellín, cuando omitió un pare y colisionó con un bus, y como consecuencia su pareja muriera. En su lugar, la Corte absolvió al procesado en virtud del reconocimiento de la pena natural. La decisión reconoció que el procesado y la víctima eran «compañeros permanentes» para el tiempo de los hechos, con fundamento en el principio *in dubio pro-reo*, es decir que, ante la duda respecto de

²⁴² Rad. 52750, M.P. Eyder PATIÑO CABRERA.

los requisitos de la pena natural, optó por favorecer al reo dando por cumplido el vínculo legal entre autor y víctima.

Asimismo, verificado el vínculo entre el autor y la víctima, la Corte presumió «que la pérdida de ese ser querido, como consecuencia del actuar imprudente del acusado, causó en él una afectación personal, que no se desvirtuó en el juicio, y que ella misma hace innecesaria la pena privativa de la libertad». Es decir que se establecieron reglas respecto de la carga probatoria de la pena natural, en el sentido de que procede reconocerla en caso de duda; y que, establecido el vínculo entre el autor y la víctima, se presume la afectación del autor, de modo que corresponde a la Fiscalía desvirtuarla.

Al respecto, se debe señalar que la doctrina²⁴³ exige que la pena natural sea probada por iniciativa del interesado en su reconocimiento. Sin embargo, el precedente colombiano es importante porque se trata del reconocimiento de oficio de la pena natural, en sede de casación, a pesar de que no hubiera sido un tema debatido en las instancias. Por último, es importante advertir que, en virtud del *onus probandi*, corresponde al acusador demostrar los elementos constitutivos de la responsabilidad penal, así como de la necesidad de pena²⁴⁴ y, por regla general, corresponde a la defensa probar los reductores de responsabilidad. Del mismo modo debe ser tratada la pena natural, es decir que corresponda a la defensa probar esta circunstancia y, sobre todo, que se rechace la idea de que la pena natural implica la carga para el acusador de probar, además de los elementos

²⁴³ Cf. DONELSON. *Cit.*

²⁴⁴ Cf. José Joaquín URBANO MARTÍNEZ. *¿Dudar y condenar?: la repercusión de las cargas probatorias dinámicas en la estructura del sistema acusatorio colombiano*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2021.

mencionados, que no concurre en el acusado una pena natural, debido a que esta no es un elemento de la responsabilidad, sino un atenuante o eximente de la pena.

Finalmente, es importante comentar el sentido de la decisión de la Corte colombiana, en el sentido de casar parcialmente el fallo condenatorio, para mantener la decisión de condenar al acusado, pero revocar las disposiciones referidas a la imposición de la pena de prisión, de manera que el procesado fue condenado, pero se prescindió de la imposición de la pena. Lo anterior guarda correspondencia con el texto legal que dispone que «se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal», pero puede ser criticado en la medida en que la «sanción penal», conforme el artículo 34 del Código Penal colombiano, corresponde a las penas, de toda índole, que pueden ser impuestas o prescindidas, es decir que no limita la circunstancia a la imposición de la pena privativa de la libertad sino a todas las penas, de modo que lo adecuado es prescindir de la imposición de todas las penas, y habida cuenta de que el objeto de la acción penal es la pena, en ausencia de estas, por sustracción de materia no tendría sentido condenar, sino solo absolver. Esta última opción, en el sentido de absolver, no se encuentra proscrita por el derecho colombiano y resulta mucho más consecuente con el principio de necesidad de pena, habida cuenta de que no deriva más efectos perjudiciales para el autor, a diferencia del acto de condenar sin ejecutar la pena restrictiva de la libertad, porque este último no solo expresa la pérdida de inocencia del sujeto, sino además sanciona a la persona en virtud de un antecedente que la inhabilita para celebrar contratos con el Estado o asumir cargos públicos, entre otras posibles consecuencias.

Con relación a esta decisión, Juan Camilo BOADA, de la Universidad de los Andes, considera que la reiteración de la línea según la cual el principio de necesidad de la pena debe aplicarse solo en los casos explícitamente mencionados por la ley «es problemática pues profundiza un formalismo exacerbado que ignora el origen del

derecho penal en la Constitución»²⁴⁵, opinión que suscribimos, y agregamos a ella que, siguiendo lo dispuesto por el Código Penal respecto de la fuerza normativa de los principios rectores, la necesidad es el principio fundante del ejercicio racional del poder punitivo y, por lo tanto, prevalece sobre las demás disposiciones y orienta su interpretación. Por este motivo consideramos que, con independencia de las limitaciones legales dirigidas a restringir el reconocimiento de la pena natural, el juez no se puede sustraer del principio de necesidad de pena a fuerza de violar la prohibición de exceso, vía por la cual se puede violar el principio democrático al imponer un castigo injusto.

Por otra parte, el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) establece como causal de principio de oportunidad «Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción». Esta norma ha conducido a la doctrina extranjera a considerar que en Colombia la pena natural está reconocida solo como causal de terminación anormal del procedimiento, pero lo cierto es que primero fue reconocida como una circunstancia de derecho sustancial que se debía decidir en el fallo. Actualmente la pena natural es tanto una causal de oportunidad como una circunstancia para discutir en el juzgamiento respecto de la necesidad de pena.

Estimamos que la legislación colombiana puede mejorar en dos aspectos, a saber: en primer lugar, corregir el efecto de «prescindir» de la imposición de la pena, en el sentido de que el juez pueda prescindir de ella en todo o en parte, es decir que la

²⁴⁵ BOADA. *Op. cit.*, p. 13.

pena natural pueda funcionar tanto como eximente como atenuante²⁴⁶. En segundo lugar, la legislación puede reconocer que, además de las relaciones legales en que se presume la pena natural, se admitan otras relaciones sociales significativas como la amistad íntima o el noviazgo, siempre que se pruebe la afectación al autor. Así mismo, debe resolverse el rol de la víctima en el reconocimiento de la pena natural, puesto que en ordenamientos como el argentino se exige la indemnización a la víctima como requisito para conceder la oportunidad, aunque en nuestra opinión esto constituye una mezcla inapropiada entre reparación integral y pena natural. No obstante, habida cuenta de que la legislación limita la pena natural a hechos vinculados con ciertos parientes o familiares, es importante definir la relevancia de que las víctimas de la conducta se opongan al reconocimiento de la pena natural. Como conclusión, estimamos que la participación de la víctima en el debate es necesaria para garantizar sus derechos, y puede servir especialmente para probar los casos en que el delito no causa un daño real al autor, sino solo cobijado por una presunción legal. Pero la decisión de reconocer la pena natural no debe estar sometida a la voluntad de la víctima, en la medida en que el fundamento de la institución está en la afectación subjetiva del autor.

Por último, debe tenerse en cuenta que la pena natural se ha entendido tradicionalmente como una aplicación de la necesidad de pena en los términos del art. 3 del Código Penal: «El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan».

A este respecto, es importante tener en cuenta la opinión de la Corte Constitucional en el sentido que:

²⁴⁶ Estas soluciones BOBADILLA (*Cit.*) las considera contradictorias.

«La pena, para tener legitimidad en un Estado democrático, además de ser definida por la ley, ha de ser necesariamente justa, lo que indica que, en ningún caso puede el Estado imponer penas desproporcionadas, innecesarias o inútiles, asunto éste que encuentra en Colombia apoyo constitucional en el artículo 2 que entre otros fines asigna al Estado el de asegurar la "convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo".»²⁴⁷

Es decir que, tanto proporcionalidad, necesidad y utilidad de la pena, así como la prevalencia de un orden justo, son principios orientadores de la pena estatal en Colombia. Dicho esto, la pena natural debe ser analizada bajo el rasero de estos principios, mas no con el enfoque de buscar proporcionalidad en el hecho natural, sino en preguntarse si la imposición de una pena estatal bajo estas circunstancias sería proporcional, necesaria, razonable y, última instancia, justa.

C. CONCEPTO NORMATIVO DE PENA NATURAL

Hasta ahora hemos visto que la doctrina trata la pena natural como un hecho con relevancia jurídica, dirigido a eximir o atenuar la imposición de la pena, con base — para unos— en la compensación de la pena; o —para otros— en los principios de proporcionalidad o humanidad de las penas. Pero estos conceptos mezclan juicios descriptivos y prescriptivos, y razonamientos de imputación y otros de causalidad, que no se sustentan desde un punto de vista epistemológico, por cuanto confunden el supuesto de hecho con la norma jurídica que lo contiene²⁴⁸.

²⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-647 de 2001. M.P.: Alfredo BELTRÁN SIERRA.

²⁴⁸ Cf. GUASTINI. *Cit.*

En ese sentido, se ha desarrollado un concepto de la pena natural a semejanza de la disposición alemana que autoriza al juez excluir la pena estatal cuando las graves consecuencias del delito harían evidentemente incorrecta la imposición de una pena, y, por lo tanto, la pena natural es solamente el hecho (la consecuencia del delito), al que se asignan los referidos efectos jurídicos. Pero, en realidad, se habla de dos cuestiones distintas y conceptualmente diferenciables: de un lado, la pena natural como supuesto de hecho, es decir en cuanto *factum* que sirve de precedente lógico de una subsunción²⁴⁹; y, por otra parte, la pena natural en cuanto norma jurídica, es decir como proposición de derecho que se puede establecer en forma de regla, con un antecedente (el supuesto de hecho dañino para el autor) y la consecuencia asignada por el ordenamiento jurídico (eximición, atenuación o irrelevancia).

En consecuencia, el concepto de *pœna naturalis* engloba, con un mismo nombre, dos fenómenos distintos: el supuesto de hecho, que corresponde al evento dañino o adversidad que padece el autor con ocasión del delito, y que se llama *pena natural* en sentido estricto; y, por otra parte, la *pena natural* como norma jurídica, es decir como categoría normativa que es integrada al ordenamiento jurídico a través de una regla²⁵⁰, que se concreta en la forma de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. En conclusión, pena natural denomina tanto a la norma jurídica, que puede ser reconocida o no en un ordenamiento jurídico, es decir que su existencia es contingente; como al supuesto de hecho que opera como antecedente en el proceso hermenéutico de subsunción.

²⁴⁹ Ibid.

²⁵⁰ Sobre los tipos de reglas, cf. HART. *Cit.* Cf. Carlos Vicente PÉREZ GIRALDO. *Tres enfoques sobre la coerción: Austin, Hart y Kelsen*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2018.

La pena natural no es relevante para el derecho penal como hecho aislado sino solo dentro de una norma jurídica. En el evento de que un ordenamiento jurídico no haya adoptado la pena natural como norma jurídica, es decir que no exista una regla de derecho reconocida respecto de las consecuencias de los hechos que componen la pena natural, los hechos dañinos sufridos por el autor son ignorados por el derecho, es decir que resultan irrelevantes, concretamente, para la interpretación de las normas penales. Solo en esa hipótesis la pena natural es un hecho y no una categoría jurídica; pero en cuanto es reconocida, o discutido su reconocimiento por la parte que lo alega, no reivindica tanto la existencia de un hecho, como la de una norma jurídica válida que le dé relevancia en cuanto supuesto de hecho normativo.

Por estos motivos, en conclusión, la pena natural es, eminentemente, una norma jurídica determinada dentro de un ordenamiento legal que establece, de conformidad con la configuración de cada sociedad, los supuestos de hechos relevantes de pena natural, así como su consecuencia. Cabe advertir que esta norma puede ser expresada en forma de proposición normativa en un texto legal, como ocurre en los códigos penales o de procedimiento penal, o derivada de la fuerza normativa de los principios rectores del derecho penal para lograr la efectividad de los derechos fundamentales.

§19. Sobre los conceptos de la pena y lo natural

La doctrina, de manera mayoritaria, estima desacertado el concepto de pena natural porque, según se critica, si es pena no es natural, y si es natural, no es pena²⁵¹. Lo

²⁵¹ RUIZ MIGUEL. *Cit.*

anterior parte de suponer, asimismo, que la única pena de la que tiene sentido hablar es la estatal, es decir que hablar de pena forense es tautológico²⁵².

Esta opinión, sin embargo, se basa en un concepto restringido de la pena, limitada a la concepción de la pena desde la modernidad, pero rechaza la división kantiana entre lo natural y lo forense. Sin embargo, la división entre lo natural y lo jurídico, entendiendo que existen fenómenos que ocurren «en el mundo» y se explican por causalidad, de un lado, y normas jurídicas, que corresponden a proposiciones vinculadas al reconocimiento de un ordenamiento jurídico, de otro; constituyen uno de los fundamentos de la teoría pura²⁵³ que sustenta la independencia científica del derecho a través de los métodos de imputación. Por lo tanto, la división entre lo natural y lo forense, o entre lo natural y lo jurídico, tiene una profunda raíz en el pensamiento jurídico.

Por este motivo consideramos que la categoría kantiana de lo natural se opone a lo forense, y, en particular, la pena natural se opone a la forense en cuanto es una pena, pero no conforme las cualidades de la *pœna forensis*; por otra parte, el objeto del derecho es la pena estatal, es decir que la existencia de una pena no estatal solo puede tener sentido en función de aquella, que no es sustituida como objeto del derecho penal. En consecuencia, se concluye que la *pœna naturalis* equivale a la *pœna non forensis*, es decir, a las penas que, siendo tales, no provienen del derecho.

²⁵² BOBADILLA. *Cit.*

²⁵³ Cf. Hans Kelsen. *Teoría pura del derecho*. 9.^a ed. Trad. Roberto J. VERGENGO. Editorial Porrúa. México, 1997.

Se pudiera redargüir que solo las penas estatales son penas, y que no tendría sentido hablar de *pœna naturalis*, especialmente bajo la consideración de que las penas, además de provenir del Estado, deben ser intencionales o contener la voluntad de castigar, y que la naturaleza no tiene voluntad ni intención. Pero resulta que esa interpretación está restringida a los siglos recientes, y desconoce que el concepto de pena natural, aun cuando riñe con su concepto de pena, es anterior a este; de hecho, su formulación es concomitante con la de pena forense, ambos como conceptos necesarios para explicar una realidad en la que, por un lado, se consolidaban los Estados con su poder punitivo, pero, de otro, subsistían situaciones de grave adversidad en el autor que requerían limitar dicho poder.

Por estos motivos resulta incorrecto asimilar la pena natural a una especie de la categoría de la pena legal, como pretenden teóricos como SPROTTE²⁵⁴, esto es, suponer que la pena natural corresponde a una especie de las penas y que su naturaleza jurídica corresponde a la de una *pena*, entendida esta como pena estatal. El error conceptual se desprende de que, como KANT estableció dos tipos de penas, la natural y la forense, entendiendo aquella como la que el legislador no tiene en cuenta «para nada», es decir que estaba por fuera del derecho. Por lo tanto, la pena natural no es un tipo de pena legal o pena forense, porque, como afirma con razón SPROTTE en este aspecto²⁵⁵, no es razonable que el legislador reconozca los efectos del destino como una especie de castigo legal en una sociedad democrática, por cuanto descuidaría los principios, fines y funciones de la pena estatal.

No obstante, tampoco resulta adecuado rechazar la institución de tajo, y afirmar su irracionalidad, debido a que la pena natural, en la medida en que no es una pena

²⁵⁴ SPROTTE. *Cit.*, p. 41.

²⁵⁵ *Ibid.*

estatal, su reconocimiento por parte del derecho no tiene sentido que sea en razón de convertirse en pena forense, sino como un aspecto negativo de la pena, es decir como una circunstancia para no penar por fuera de las causales de ausencia de responsabilidad ordinarias (causas de atipicidad, justificantes, exculpantes, etc.). Lo cual conecta, de manera directa, con los problemas dogmáticos de la pena natural, en cuanto a su ubicación y relación con las categorías del delito y de la pena, que es objeto de estudio en el capítulo siguiente.

Baste señalar que la pena natural no es una pena, sino una norma jurídica que modula la imposición de esta, aunque se fundamenta en que el supuesto de hecho dañino para el autor es *como si fuera* una pena, pero no lo es, y sin embargo se reconoce para efectos de modular el castigo.

La razón de esta anfibología de la palabra *pena* no se encuentra, se insiste, en que la pena natural reúna las cualidades de una pena, en el sentido de retribuir y prevenir el delito, sino que *pena* es, eminentemente, un mal o padecimiento, y de esta manera se ha usado a lo largo de la historia²⁵⁶, y la pena estatal es solo una especie de la pena, especializada e institucionalizada, pero que constituye, en cuanto sanción penal, lo mismo que la pena natural, esto es, un mal para el autor del delito.

²⁵⁶ *Pen*a proviene del latín *pæna* (castigo, dolor) y este, a su vez, proviene del griego ποινή (*poíné* —multa, o castigo—). En un primer sentido, pena es un pago que busca compensar al ofendido para zanjar un conflicto que se suscita en la comunidad. En su etimología, la palabra *pena* contiene tanto las nociones de dolor y castigo, como las de multa y pago; no obstante, son estas dos últimas las que resultan más cercanas a la raíz griega. Cf. Joan COROMINES. *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*. Gredos. Madrid, 2012 (Reimp. 2020), p. 423. Cf. Julius POKORNY. *Indogermanisches Etymologisches Woerterbuch*, p. 636.

Como afirma DONELSON²⁵⁷, la pena como retribución se compone del sufrimiento y la censura, pero, según este autor, «la retribución solo exige el sufrimiento», en el sentido de sostener el cumplimiento de la función retributiva. Esta opinión es importante, sin embargo, para sostener que la pena natural se percibe como pena precisamente porque consiste, al igual que esta, en un sufrimiento para el autor. Se ha discutido profundamente si este sufrimiento cumple, además, con el componente de censura o prevención, pero hay unanimidad en reconocer que, al menos, constituye un sufrimiento, al igual que la pena como retribución.

Nuestra propuesta consiste en que la pena natural es, efectivamente, un sufrimiento vinculado objetivamente al delito, motivo por el cual, como sostiene BOBADILLA, en la decisión de imponer el Estado un sufrimiento en forma de pena por ese hecho, debe considerar la ocurrencia de la pena natural para evitar que el sujeto sufra más de lo previsto por la ley, riesgo que se abre con la imposición de la pena estatal aparejada a la natural.

En conclusión, ciertamente no es tanto una pena como simplemente un sufrimiento grave para el autor lo que fundamenta la pena natural. Sin embargo, en la medida en que el sufrimiento es un elemento de la pena natural, habiéndose satisfecho este por razones no institucionalizadas, pero verificado en el autor el sufrimiento en todo caso, se desprende la consecuencia lógica de bien excluir la pena por sustracción de uno de sus elementos (el sufrimiento), es decir renunciar a la pena por ausencia de necesidad; o renunciar solamente al sufrimiento como elemento de la pena, y sostener la expresión de la condena como censura, tal como decidió la Corte Suprema colombiana.

²⁵⁷ DONELSON. *Cit.*, p. 13.

§20. Universo de casos

SERRANO²⁵⁸ clasifica desde distintos enfoques los casos de pena natural, estudio que citamos y comentamos para ofrecer un panorama del universo fáctico que engloba la pena natural:

En primer lugar, la pena natural se puede clasificar por el tipo de afectación que ocasiona, entre daños físicos, morales, o afectaciones a otros derechos.

Los daños físicos (*pœna physica*) son los que recaen sobre el cuerpo o la salud del autor del delito²⁵⁹, como ocurre en el caso de la tentativa de hurto en que el autor sufre graves traumatismos ejecutando el delito²⁶⁰, piénsese en el ladrón que cae de una altura considerable y se frustra el robo.

Los daños morales, psicológicos o aflictivos hacen referencia a los graves padecimiento de tipo psíquico que puede sufrir el autor, manifestados en forma de grave perturbación emocional o en diagnóstico clínico. SILVA SÁNCHEZ la llama *pœna naturalis moralis*²⁶¹. Normalmente se deriva del sufrimiento de otro ser querido que haya resultado afectado por el delito²⁶², como el caso del soldado que, limpiando su

²⁵⁸ SERRANO. *Cit.*, p. 24.

²⁵⁹ *Ibid.*

²⁶⁰ Sentencia N° 144 T° 1 F° 247/249 en el Legajo Judicial CUIJ N° 21-06002324-4” de la Cámara de Apelaciones Penal de Rosario, Santa Fe, 26 de mayo de 2014. Citado por SERRANO, op. cit., p. 25.

²⁶¹ SILVA SÁNCHEZ. *¿Puede considerarse...*

²⁶² SERRANO. *Cit.*, p. 25.

arma, por accidente dispara y mata a su mejor amigo²⁶³, y su situación fue tenida en cuenta para reducir la condena por homicidio; o el de la médica en Colonia (Alemania)²⁶⁴ que proporcionó a un paciente el tipo de sangre equivocada en una transfusión, ocasionándole la muerte y, luego de ser imputada por homicidio imprudente, sufrió un colapso mental que requirió atención médica y le impidió mantener la compostura durante el juicio. A esta médica le reconocieron la exclusión de la pena del § 60 StGB, porque la imposición de una pena sería abiertamente errónea en razón de las «consecuencias indirectas, como el estrés psicológico o los deterioros económicos»:

«Tras su fracaso, la acusada sufrió una crisis nerviosa tan grave que ya no pudo ejercer su profesión. Tuvo que someterse a un tratamiento psicoterapéutico durante meses, lo que solo la llevó gradualmente a hacer frente a los incidentes bajo supervisión médica.

Incluso hoy en día, la acusada todavía sufre claramente por lo que sucedió. En el juicio, fue sacudida varias veces por llanto compulsivo que le impidió recuperar la compostura.

Especialmente como joven profesional, se vio particularmente afectada por los acontecimientos, que probablemente la acompañarán de por vida. Aún no se puede evaluar si podrá continuar con sus actividades médicas nuevamente sin trabas en un futuro lejano.

Estas consecuencias hacen que la imposición de un nuevo castigo parezca manifiestamente equivocada.

²⁶³ Cf. "Almendras, José Alberto s/Delito s/Las Personas", del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Neuquén, 05 de mayo de 2011. Citado por SERRANO, cit., p. 26.

²⁶⁴ Citado por DONELSON, p. 40-41. Cf. Amtsgericht Köln [AG Köln] [District Court Cologne] 16 May 2012, Az. 613 Ls 3/12, retrieval number 130955, (Ger.).

Bajo ningún principio rector del derecho penal tiene sentido la imposición de una pena: no puede impresionar a la acusada de manera más duradera de lo que ya lo han hecho las consecuencias del delito. Tampoco se requiere la función represiva-comunicativa, porque la acusada es consciente de su mala conducta, reafirma su fracaso y ciertamente ejercerá más que el cuidado necesario como consecuencia en el futuro». ²⁶⁵

Por último se encuentran los daños de cualquier otra entidad, es decir que afecten otros derechos distintos de la salud física y emocional, en cuyo caso deben afectar de manera tan drástica al autor que harían incorrecta la imposición de un castigo,

²⁶⁵ Ibid. «Die Angeklagte hat im Anschluss an ihr Versagen einen derart gravierenden nervlichen Zusammenbruch erlitten, dass sie nicht mehr in der Lage war, ihrem Beruf nachzugehen. Sie musste sich über Monate in psychotherapeutische Behandlung begeben, die nur unter medikamentöser Begleitung allmählich zu einer Bewältigung der Vorkommnisse geführt hat. Auch heute leidet die Angeklagte noch deutlich wahrnehmbar unter dem Geschehenen. In der Hauptverhandlung wurde sie mehrfach von Weinkrämpfen geschüttelt und hatte sichtlich Mühe, ihre Fassung wieder zu erlangen. Gerade als Berufsanfängerin traf sie das Geschehen besonders hart und wird sie wahrscheinlich lebenslang begleiten. Ob sie in fernerer Zukunft wieder unbelastet ihrer ärztlichen Tätigkeit nachgehen können wird, lässt sich jetzt noch nicht beurteilen. Diese Tatfolgen lassen die Verhängung einer weiteren Bestrafung offensichtlich verfehlt erscheinen. Unter keinem Leitgesichtspunkt des Strafrechts dürfte die Verhängung einer Strafe Sinn ergeben: Sie kann die Angeklagte nicht nachhaltiger beeindrucken, als es die Tatfolgen ohnehin schon getan haben. Einer repressiven Warnfunktion bedarf es ebenfalls nicht, denn die Angeklagte ist sich ihres Fehlverhaltens bewusst, steht zu ihrem Versagen und wird in Zukunft als Konsequenz sicher mehr als die erforderliche Sorgfalt walten lassen. »

por violación del principio de proporcionalidad²⁶⁶. En este aspecto es más acertada la jurisprudencia española que refiere a la afectación de cualquier otro derecho constitucionalmente reconocido, entre los que se cuenta el patrimonio (daños económicos), la honra y el buen nombre (afectados con la sanción social), la libertad (en razón de la medida de aseguramiento) e incluso el debido proceso (en tratándose de dilaciones indebidas), etc. Este tipo de daños no son aceptados por parte de la doctrina²⁶⁷, que restringe la pena natural a la afectación psicofísica.

En segundo lugar, la pena natural se puede clasificar por el sujeto que la ocasiona. Desde una perspectiva estricta, la pena natural solo puede ser ocasionada por la naturaleza o por la conducta misma del autor²⁶⁸; sin embargo, la doctrina²⁶⁹ también prevé la posibilidad de que sea ocasionado por un tercero.

En nuestra consideración, teniendo en cuenta que la pena natural es la afectación que sufre el autor con relación directa o indirecta con del delito, distinta de la pena estatal, estimamos que el origen de la pena natural puede ser un tercero, por ejemplo, quien actúa en represalia o venganza contra el autor del delito, o incluso el mismo Estado, por vía del uso de la fuerza, o a través del proceso penal: por la

²⁶⁶ ZAFFARONI, et. al. *Cit.*, p. 997. Citado por SERRANO, p. 26. Para ZAFFARONI son los principios de «irracionalidad mínima y humanidad» los que se violentarían con una pena estatal que no considerara la pena natural; en nuestra consideración —siguiendo a SILVA SÁNCHEZ— la incorrección se deriva del principio de proporcionalidad. Cf. SILVA SÁNCHEZ. *Malum passionis...*, p. 161.

²⁶⁷ Cf. BOBADILLA. *Op. cit.*

²⁶⁸ Razón por la cual se ha anotado que SILVA SÁNCHEZ propone reducir el nombre de la institución a «autopunición imprudente».

²⁶⁹ A favor de esta posición, DONELSON (*Cit.*) y ZAFFARONI (*Cit.*).

dilación indebida, unida al innegable efecto represivo del proceso mismo²⁷⁰; o por vía de la medida de aseguramiento.

Sin embargo, debe llamarse la atención respecto del reconocimiento de la pena natural en tratándose de las autopuniciones y heteropuniciones dolosas, es decir los eventos de castigo por parte del propio autor o de venganza o represalia por parte de otras personas. A este respecto, la pena natural no puede servir para defraudar la justicia o desviar el escenario del castigo de la institucionalidad a los círculos privados, y se advierte que el reconocimiento discriminado de la pena natural puede fomentar el fraude a la justicia tanto por el propio autor del delito que pretenda decidir su castigo, como por grupos violentos que busquen reconocimiento de sus formas de justicia. Por este motivo la doctrina y la jurisprudencia alemanas excluyen los daños intencionales, así como se debe excluir el reconocimiento de la justicia privada cuando se compruebe el fraude a la institucionalidad. En estos casos se debe verificar que no existe conflicto social y no es necesario aplicar el derecho penal (principio de *ultima ratio*), lo cual debe redundar en beneficio de la institucionalidad como consecuencia del principio democrático sobre el que se funda la legitimidad del derecho penal.

No obstante, las autopuniciones dolosas no lo son porque la conducta delictiva sea dolosa, sino porque el acto de lesionarse resulta intencional, debido a que lo intencional de este concepto es la punición (la pena natural) y no el delito, en la medida en que los dos hechos (delito y pena natural) pueden originarse en comportamientos distintos, aunque cuando la pena natural es concomitante al delito se entiende que provengan de la misma acción. Ahora bien, no resulta relevante

²⁷⁰ En el mismo sentido, DONELSON. *Cit.* Cf. Franz KAFKA. *El proceso*. Trad. Feliu FORMOSA. Ediciones Nacionales Círculo de Lectores. Bogotá, 1975.

que la conducta típica sea dolosa o culposa, sino que el daño se ocasione con la intención de castigar el delito y de ese modo sustraerse del derecho penal excusado en la pena natural. Esta situación de que el autor del delito o terceros —con la aceptación del autor— sustituyan al derecho penal y elijan de manera particular las sanciones para luego presentarlas como pena natural es inadmisibles, y contraría principios generales como la imposibilidad de condonar el dolo futuro (que habría de condonarse a condición de causarse el autor del delito un daño intencional). Pero consideramos, contrario a SERRANO²⁷¹ y la doctrina mayoritaria, que los daños derivados de la conducta típica intencional, como cuando el autor se lesiona en la comisión de un delito doloso, son constitutivos de pena natural en la medida en que son una grave adversidad que tiene origen en el delito pero no es querida, en principio, por el autor, en razón de que no se puede confundir la intención de cometer un delito con la de lesionarse, puesto que solo esta última es la que puede considerarse una punición dolosa. A este respecto, habría que decir, usando el término de SILVA SÁNCHEZ, que la autopunición imprudente puede ser una de las hipótesis de pena natural, pero entendiendo que lo imprudente está en ocasionarse el daño, con independencia del tipo subjetivo del delito.

Por lo demás, el precedente español de 1994 referido al atentado terrorista que resulta en lesiones para el autor del atentado producto de la explosión de una bomba, deja en evidencia que, incluso en tratándose de delitos graves y dolosos, es procedente reconocer la pena natural, siempre que no se evidencie un fraude a la ley, una sustracción a la institucionalidad y, por esa vía, un menoscabo del principio democrático. Lo cual, por otra parte, resulta coherente con la negativa a reconocer la pena natural en el caso del uxoricida que se lesiona gravemente luego de matar a su exesposa. Este tipo de situaciones deben rechazarse para evitar el

²⁷¹ SERRANO. *Cit.*, p. 28.

absurdo de dejar la justicia en manos del autor del delito, o de promover sistemas de justicia privada. No obstante, si el daño proviene de terceros que ejercen represalias o venganza privada sin el consentimiento del autor, es procedente reconocer la pena natural en la medida en que el autor afectado no defrauda a la justicia y, dependiendo del arbitrio del fallador, se puede verificar la ausencia de conflicto social, quedando la posibilidad al Estado de perseguir a quienes usen la violencia de manera ilegítima contra el autor del delito.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el daño ocasionado por un tercero eventualmente puede tener origen en la conducta de un copartícipe del sujeto afectado, es decir que un coautor o partícipe lesione a otro, de manera accidental o dolosamente, con ocasión del delito. Esta hipótesis no se encuentra resuelta por la doctrina, aunque estimamos que la regla que se debe aplicar es idéntica que para el tercero no interviniente, es decir verificar que no se trate de una auto o heteropunición intencional para sustraerse del control judicial. Por lo demás, el daño originado en un partícipe puede constituir pena natural, pero solo debe ser tenido en cuenta para determinar la necesidad de pena del afectado, de manera que no se comunica a los demás intervinientes o responsables.

En tercer lugar, la pena natural se puede clasificar por el sujeto afectado. Aunque parezca evidente que debe recaer sobre el autor de la conducta, debe tenerse en cuenta que conceptos como el de DONELSON no exigen que el daño recaiga sobre el autor, y así también, el Código Penal colombiano reconoce esta circunstancia «cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo», etc.²⁷². No obstante, los daños a

²⁷² Código Penal colombiano, art. 34, inc. 2.

sujetos distintos del autor se entienden como pena natural siempre que afecten indirectamente al autor del delito, esto es, bajo el supuesto de que la afectación en el tercero repercute también sobre el autor, quedando las afectaciones de terceros que no reportan adversidad para el autor excluidas del concepto de pena natural.

Así, no basta con acreditar que un tercero emparentado con el autor, por ejemplo su ascendiente o descendiente, hubiera resultado afectado con ocasión del delito, sino que se requiere, además, que esta situación reporte una adversidad u ocasione un mal también al autor. De este modo, al padre que, imprudentemente mate a su hijo, y sin embargo, se verifique que esta situación no es percibida como un mal por el autor, no es procedente reconocerle la pena natural porque no habría mal que se le pudiera imputar subjetivamente.

Respecto de los sujetos cuya afectación puede ocasionar indirectamente una pena natural, legislaciones como la colombiana establecen un listado de sujetos que se suelen limitar a los familiares y parientes cercanos. Sin embargo, en la medida en que la afectación que pueda sufrir el autor depende de sus vínculos personales y sociales con otros sujetos, no es razonable entender que las graves afectaciones ocasionadas a terceros con quien no se tenga vínculo legal no pueda reportar un mal grave al autor. Por lo tanto, dentro de esta clasificación, además del cónyuge y los familiares o parientes cercanos, deben considerarse las relaciones sociales significativas que tuviera el autor, y de ese modo puede constituir una pena natural moral la afectación psíquica derivada del daño que sufra un amigo o una pareja sentimental informal, como se reconoció en el fallo del 8 de agosto de 2019 de la Corte Suprema de Justicia colombiana²⁷³, decisión en la que se extendió el reconocimiento de la pena natural moral al novio que ocasionó la muerte a su pareja,

²⁷³ V. BOADA. *Cit.*

aunque su relación no cumpliera el estándar legal y social de cónyuge o compañero permanente, que son las relaciones reconocidas explícitamente por la ley colombiana.

En ese sentido, estimamos apropiado incluir dentro de las hipótesis de afectación a los animales, a quienes se ha reconocido como seres sintientes. Desde esta perspectiva, es plausible que la pena natural pueda tener origen en la afectación que sufra un animal querido por el autor de un delito, con ocasión de la comisión de este, y producto de la afectación del animal, el autor del delito resulte moralmente afectado. Nuestra consideración es que, para estos efectos, no es necesario acreditar la propiedad del animal en la medida en que no se postula como la afectación a un derecho patrimonial del autor, sino como la afectación a un sujeto, en este caso no persona, pero cuya relevancia jurídica no se limita a la de bien, sino que es visto como ser sintiente y por lo tanto pueda entablar relaciones con otros seres.

Finalmente, la pena natural como institución normativa se puede clasificar de acuerdo con los requisitos particulares que imponga cada ordenamiento jurídico para su aplicación. Desde esta perspectiva, la pena natural se clasifica en función del delito o la pena estatal base, por ejemplo, para delitos dolosos, culposos o preterintencionales; para delitos con penas privativas o no privativas de la libertad; para delitos con determinado mínimo de pena legal, etc.

D. CONCLUSIÓN

Conforme lo expuesto, se pueden resumir los elementos esenciales del concepto de pena natural en los siguientes:

1. Se trata eminentemente de un mal, daño o adversidad, es decir que necesariamente tiene el sentido de ser valorado como algo negativo por cuanto causa sufrimiento. Por lo tanto, no se trata de un hecho objetivo y neutral que

ocurre en el plano cognitivo de lo natural, sino que se trata, más propiamente, de la interpretación de un hecho que tiene una connotación negativa. Sin embargo, no es propiamente un castigo ni una pena en el sentido moderno; sino solo un sufrimiento.

2. Este hecho debe recaer en el autor de una conducta ilícita, concretada en un injusto. Es decir que requiere, por lo menos, de una conducta típica y antijurídica²⁷⁴, de manera que al inimputable le sea reconocida esta circunstancia en relación con la necesidad de imponer la medida de seguridad²⁷⁵. En tratándose de imputables, la conducta también debe ser culpable, sin que ello implique necesariamente que el sujeto deba ser declarado responsable²⁷⁶.

²⁷⁴ La jurisprudencia colombiana afirma que «El artículo 34 aplica luego de superarse el juicio de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad», lo cual tendría correspondencia en esa norma legal que dispone: «En los eventos de los delitos culposos o con penas no privativas de la libertad». Frente a lo cual debe tenerse en cuenta también el inciso 2 del artículo 8 del Código Penal: «Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad.» Este aspecto particular de la extensión de la pena natural a los inimputables debe ser objeto de un estudio específico.

²⁷⁵ Cf. Nodier AGUDELO. *Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad*. Editorial Temis. Bogotá, 1982. Aun cuando la pena natural no sea considerada una causal de ausencia de responsabilidad, sino mayoritariamente un problema de punibilidad, procede interpretar de manera analógica y favorable para excluir o atenuar la necesidad de medida de seguridad.

²⁷⁶ Lo cual se sustenta tanto en el hecho de que la pena natural suele ser causal de terminación anormal del proceso por vía de oportunidad, como porque, desde una perspectiva dogmática, la necesidad de pena puede constituir un elemento de la responsabilidad, y la culpabilidad puede ser compensada posteriormente, antes del fallo. Cf. BACIGALUPO. *Derecho penal...*

3. En el mismo sentido, la afectación que sufre el autor debe ser directa, es decir que la pena natural se debe imputar subjetivamente como un sufrimiento de aquel, que puede corresponder a una grave afectación a la salud (física o psíquica) o de cualquier otro derecho. El reconocimiento de que la pena natural también puede recaer en familiares o seres queridos solo es relevante en la medida en que ese hecho efectivamente ocasione un daño, en este caso psíquico, al autor.
4. Tanto la doctrina como la legislación exigen un vínculo racional entre la conducta ilícita y la pena natural, es decir una imputación objetiva de la pena natural a la conducta del autor. Esta imputación del hecho dañino al comportamiento del autor se ha entendido como un nexo de causalidad, lo cual, sin embargo, de manera más apropiada debe ser entendido en el sentido de que ocurra con motivo u ocasión de la comisión de la conducta punible, de manera directa o indirecta. De esta forma, las conductas de terceros que se vinculen racionalmente a la comisión del hecho y no sea querida por el autor, debe ser tenida en cuenta como pena natural.
5. La pena natural no debe ser querida por el sujeto, es decir que se excluye de ella las puniciones propias o de terceros que cuenten con la aceptación de aquel. Es decir que, en la medida en que la pena natural es, de manera directa o indirecta, una consecuencia de la conducta, esta no debe ser querida o no debe mediar dolo del autor en relación con el hecho dañino. Lo anterior no es igual a afirmar que no debe existir dolo en la conducta típica, sino solo que no debe ser querida la pena natural, no así el delito. Por lo tanto, los graves efectos no queridos por el autor de un delito doloso, son pena natural en la medida en que se derivan de este, pero no son queridas como punición. Asimismo, las situaciones de autopunición o heteropunición que evidencien el sustraerse fraudulentamente a la justicia, deben ser rechazados como pena natural. Finalmente, concordamos con la doctrina mayoritaria en cuanto a que la pena natural debe ser posterior al delito, bajo el entendido de que un daño previo al

delito que se alegue como excluyente de la punición de una conducta posterior, sería tanto como la legitimación de la venganza y la condonación del dolo futuro.

6. En consecuencia, esta circunstancia puede ser entendida, desde un punto de vista normativo, como el supuesto de hecho y la norma jurídica que dan lugar a la pena natural dentro de un ordenamiento jurídico. De esta forma, es evidente que la pena natural funciona como una regla de derecho en el sentido de excepcionar o atenuar la imposición de una pena estatal, por lo cual es un límite a la coerción normativa, concretada en el poder punitivo. Cada ordenamiento particular regula el reconocimiento de la pena natural conforme sus requisitos, del mismo modo que cada sociedad da identidad a sus normas jurídicas. No obstante, de manera general la pena natural implica la consecuencia de atenuar o eximir la imposición de la pena, aunque, en la aplicación real del derecho, esta norma puede variar entre cesar la investigación o el juzgamiento, imponer un criterio para absolver por no necesidad de pena, o condenar mas no imponer determinada pena. Nuestra estimación es que cada solución tiene una legitimación particular, pero cada una puede ser justificada racionalmente, dependiendo de la necesidad de pena en cada caso.
7. Por último, es importante resaltar que el problema de la pena natural tiene relevancia, especialmente, bajo circunstancias normativas en que se impone al juzgador una pena mínima estricta que, naturalmente, impediría la imposición de una pena menor. Es decir que, *contrario sensu*, los ordenamientos que permiten al fallador graduar la pena de manera discrecional y decidir de manera particular la necesidad de castigo, no tienen una barrera mínima que impida fallar debajo de ellas. Siendo el caso del derecho colombiano, en tendencia con el de América latina, que existen penas mínimas, es necesario tener en cuenta la prohibición de exceso derivada de la desproporción de la *pena* con relación al delito.
8. No obstante, la pena natural no corresponde a un tipo de pena legal, sino a una pena en el sentido de sufrimiento frente a la cual, si se aparece una pena estatal,

deben ser tenidos en cuenta ambos sufrimientos o penas como consecuencias del delito.

CAPÍTULO III: PENA NATURAL Y DOGMÁTICA JURÍDICA

Corresponde estudiar la pena natural a partir de los presupuestos metodológicos de la dogmática jurídica como ciencia del derecho, es decir la vinculación racional al ordenamiento jurídico como «abstracción generalizante que proporciona seguridad jurídica»²⁷⁷.

Se ha establecido que la pena natural, en la medida en que se encuentra reconocida dentro de un gran número de ordenamientos jurídicos, y entre ellos, el colombiano; corresponde a una norma de derecho válida y, por lo tanto, es un dogma que debe ser valorado de conformidad con los métodos de interpretación²⁷⁸.

Para este fin, se estudiará, en primer lugar, la forma en que la pena natural es legitimada por cuatro principios del derecho penal, a saber: la legalidad, la culpabilidad, la proporcionalidad y el carácter residual de la pena. Posteriormente, se estudiará las implicaciones de la pena natural en relación con la retribución y la prevención, es decir en el marco de la discusión sobre los fines y funciones de la pena estatal; finalmente, se estudiará de manera particular las implicaciones de la pena natural respecto de los criterios de necesidad y merecimiento de pena estatal²⁷⁹.

²⁷⁷ Claus ROXIN. «La ciencia jurídico-penal ante las tareas del futuro». En: *La teoría del delito en la discusión actual*. Grijley. Lima, 2007, p. 4. Citado por GÓMEZ PAVAJEAU, cit., p. 18.

²⁷⁸ Al respecto: GUASTINI. *Cit.*

²⁷⁹ Se advierte, sin embargo, que el estado actual de la teoría de la pena es inacabado en la medida en que su estudio se hace, por lo general, de manera separada de la teoría del delito, al margen de las íntimas conexiones entre pena y culpabilidad, y por lo tanto, de la consecutividad metodológica que debe haber entre las categorías del delito y las de la pena en el marco de la responsabilidad penal.

Se identifican estos tres cuerpos normativos, en consideración de que cada uno ofrece rendimientos teóricos distintos, así: los principios del derecho penal derivan la regla de la pena natural a partir de la prohibición de exceso, es decir que sirven para dar soporte normativo a su introducción como dogma; la teoría de los fines y funciones de la pena, por otra parte, ha centrado la atención de los estudiosos de la teoría de la pena alrededor del debate entre retribución y prevención del delito, y ha sido, asimismo, el marco teórico de discusión sobre la pena natural; finalmente, la teoría de la necesidad, se considera que debe valorarse como un cuerpo teórico independiente de los fines de la pena, a pesar de que la doctrina los equipare con los fines preventivos²⁸⁰, debido a que también en la tradición anglosajona se defienden los criterios de necesidad y proporcionalidad estricta en relación con la retribución²⁸¹.

También conviene establecer que el estudio dogmático se realiza bajo la perspectiva de que la teoría de la pena debe ser vista en función del proceso penal,

²⁸⁰ Gustavo Emilio COTE-BARCO. «La necesidad de la pena — reflexiones a partir de los artículos 3º y 4º del Código Penal colombiano». En: *Vniversitas*. No. 114 (jul-dic 2007). ISSN: 0041-9060. Pp. 191-226, p. 196: «En otras palabras, la cuestión sobre el fundamento de la imposición de la sanción privativa de la libertad ha dado lugar a la discusión sobre cuáles deben ser los fines que un Estado debe perseguir con ella, con lo cual se ha afirmado, que la pena será necesaria siempre que cumpla con su finalidad ya que ahí estará justificada. Por esto el análisis sobre la necesidad de la pena está ligado a los fines que a ella se le reconozcan».

²⁸¹ Cf. Andrew VON HIRSCH. *Censurar y castigar*. Trad. Elena LARRAURI. Trotta. Madrid, 1998.

es decir con relación a su aplicación práctica²⁸². Por lo tanto, se demostrará que la pena natural puede ser interpretada bajo dos direcciones opuestas en cuanto a sus consecuencias para el sujeto o acusado: de una parte, una tesis *débil* que considera la pena natural como un equivalente funcional de la pena²⁸³ o como una pena, para efectos legales²⁸⁴, de modo que no es procedente imponer una pena adicional por medio del Estado, pero sí declarar responsable al sujeto y excluir la pena, con base en fines retributivos, o conceder la oportunidad como forma de terminación anormal del proceso. Por otra parte, una tesis *fuerte*, que considera la pena natural un problema de retribución por cuanto se hace improcedente imponer un castigo en la medida en que un elemento de la retribución, a saber, la adversidad o lo que JAKOBS²⁸⁵ llama «apoyo cognitivo», es decir el mal, ya ha ocurrido, y de esa manera sería desproporcionado imponer un castigo estatal, no porque no exista culpabilidad, sino porque una retribución estatal aparejada al daño no forense superaría el límite de reproche por la culpabilidad; de acuerdo con esta postura, habida cuenta de la necesidad de imponer el castigo, se debe prescindir de la pena y, habida cuenta de que esta es un elemento de la responsabilidad y, por sobre

²⁸² «Asimismo propugnaremos por una “procesalización” del debate sobre los fines de la pena para adecuarlo a la realidad». Wilfried BOTTKÉ. «La actual discusión sobre las finalidades de la pena». Trad. Guillermo BENLLOCH PETIT. En: Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (ed.). *Política criminal y nuevo derecho penal (Libro Homenaje a Claus Roxin)*. José María Bosch Editor. Barcelona, 1997, pp. 41-71, p. 42.

²⁸³ BOBADILLA. *Cit.*

²⁸⁴ DONELSON. *Cit.*

²⁸⁵ JAKOBS. *La pena estatal...*, p. 42. « Si al autor se le inflige un dolor penal de tal intensidad que a causa del dolor su hecho es generalmente considerado un fracaso, con ello queda claro que en el futuro, el apoyo cognitivo de la norma al menos no será peor que antes del hecho; este mantenimiento del lado cognitivo de la vigencia de la norma es el fin de la pena, y en función de tal fin ha de determinarse la pena, y es en este contexto de fines no limitado a lo abstracto en el que de hecho por primera vez queda esbozada la medida de la pena».

todo, el objeto del derecho penal, la solución procedente es absolver o cesar el procedimiento por ausencia de necesidad de pena.

En todo caso, con independencia de la solución real que se defienda para cada situación, es importante tener en cuenta la advertencia de MURPHY, traída al tema por RUIZ MIGUEL²⁸⁶, respecto de las consecuencias para la igualdad y la seguridad jurídica de reconocer una circunstancia benéfica para el acusado, puesto que una vez se reconozca una regla en un caso, debe ser reconocida en todos los casos análogos.

A. PENA NATURAL Y PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL

§21. Principio de legalidad

Debe resaltarse la vinculación de la pena natural al principio de legalidad porque su reconocimiento no se debe a factores naturales o exteriores al derecho, sino a la existencia de una norma jurídica que la reconoce, es decir lo que se ha llamado pena natural como norma jurídica. La naturaleza de esta norma es, sin embargo, discutida, en la medida en que, para autores como DONELSON, la pena natural es, para todos los efectos, un tipo de pena constitucional, de allí que derive su legitimidad del principio de *non bis in ídem*; sin embargo, rechazamos esta postura porque la pena natural, como se ha visto, no corresponde a un tipo legal de pena ni es propiamente un castigo, sino solo un sufrimiento que es tenido en cuenta *como* una pena, mas no porque lo sea, sino porque comparte un único elemento con esta, a saber: el mal o adversidad, que se asimila al coste personal que representan las

²⁸⁶ RUIZ MIGUEL., cit., p. 17. MURPHY lo resume bajo la fórmula «*Once a reason, always a reason*». Cf. MURPHY-HAMPTON. *Forgiveness and Mercy*. Cambridge University Press. Cambridge, 1988.

medidas retributivas²⁸⁷. Desde este punto de vista, la pena natural es una excluyente de la pena.

El efecto legal de la pena natural es la exclusión de la pena, en eso hay acuerdo en la doctrina. Sin embargo, la discusión radica respecto de si prescindir de la pena conlleva a no declarar la responsabilidad penal, o si, por el contrario, habida cuenta de que la conducta se reputa de injusto culpable, es procedente mantener la declaratoria de responsabilidad para comunicar el sentido de condena al autor o partícipe.

En consecuencia, se advierte que el reconocimiento normativo de la pena natural desafía la coherencia dogmática del sistema de derecho penal, apuntando directamente a la estructura de la responsabilidad penal: como se señaló al principio de este trabajo, la ciencia penal se encuentra aún dominada por el modelo LISZT-BELING, es decir a los esquemas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, con las notorias reformas que ha sufrido este esquema en el último siglo. Sin embargo, por lo menos desde ROXIN²⁸⁸ se discute ampliamente si se debe extender la estructura de la responsabilidad penal a una cuarta categoría de necesidad o merecimiento, o si la necesidad debería ser considerada en conjunto con la culpabilidad, como elementos de la responsabilidad penal. Esta discusión impacta en la pena natural en la medida en que, si la teoría del delito está aislada de sus consecuencias, y el

²⁸⁷ BOTTKÉ. *Cit.*, p. 44. «El tercer grupo de consecuencias lo componen las consecuencias consistentes en la producción de costes. Producen éstas al responsable del hecho una carga que ya no cabe comparar con las consecuencias pre-penales producidas a la víctima, en forma de pérdida de libertades (e incluso de fortuna). Estas cargas producen costes. Van más allá (por motivos pre-penales, entre otros) del posible enriquecimiento por las ventajas extraídas del delito o del deber de reparación de las consecuencias».

²⁸⁸ ROXIN. *Derecho penal...*, p. 791 y ss. Citado por COTE-BARCO. *Cit.*, p. 211.

razonamiento para declarar la responsabilidad culmina con la culpabilidad, en los casos de graves daños al autor, que sin embargo no lo justifican ni lo exculpan, sería procedente declarar la responsabilidad. En cambio, si la necesidad de pena constituye una categoría independiente a analizar, puede ser racional excluir no solo la pena, sino también la responsabilidad.

Esta consideración se mantiene, inclusive, si se estima que la necesidad de la pena no debe extender la estructura de la responsabilidad, sino que se encuentra de manera transversal a todas las categorías del delito, como sostienen JAKOBS y GALLAS. Estas posturas, si bien consideran repetitivo e incorrecto valorar de manera separada los criterios de necesidad, no renuncian a la necesidad sino que la encuentran subsumida en la legalidad, lo cual no debe interpretarse de manera rígida o formal, sino concretada a los métodos de interpretación de la ley²⁸⁹.

Los referidos métodos de interpretación permiten ampliar o restringir el universo de casos cubiertos por una norma penal, de manera similar a lo que ROXIN ha denominado el «alcance normativo del tipo», para referirse a las situaciones que pertenecen a la interpretación razonable del tipo penal. Del mismo modo, debe tenerse en cuenta que el principio de legalidad de las penas rige un marco de interpretación en que las penas corresponden a determinados supuestos de hecho. Conforme la teoría tradicional, la pena es la consecuencia del delito, y este, su supuesto de hecho; sin embargo, el problema de la pena natural demuestra la existencia de situaciones en que, habiendo injusto culpable, no procede la pena, es decir que la pena legal no abarca este tipo de situaciones en que, constatada la ilicitud del comportamiento, se excluye el castigo en consideración del daño o coste

²⁸⁹ Respecto del método exegético, v. Julien BONNECASE. *La escuela de la exégesis en derecho civil*. Trad. José M. CAJICA JR. José M. Cajica, Jr. Editorial. Puebla, 1944.

que sufre el autor con motivo de su comportamiento. De esta manera se dan efectos normativos a una situación de hecho, pero no para asimilarlo a una pena, sino para fundamentar la exclusión de esta.

En consecuencia, la pena típica tiene un ámbito de aplicación, cuya existencia o validez normativa se deriva del cumplimiento de los requisitos legales y constitucionales para el ejercicio de la coerción, o sea que la existencia de la pena depende de su legitimidad, o sea de su validez conforme los criterios del ordenamiento. Si se ejerce la fuerza estatal sin observancia de las reglas y principios penales, la pena pierde su carácter de coerción y se convierte en simple coacción fáctica, sin legitimidad normativa²⁹⁰.

Al respecto, se insiste en cuanto a que la consideración separada de las teorías del delito y de la pena dentro de un marco mayor que fuera la responsabilidad penal, se modifica sustancialmente con la inclusión de los criterios de necesidad en el mismo estrato lógico que los elementos de la conducta punible, como lo ha propuesto ROXIN, y genera una anfibología entre la categoría mayor de responsabilidad penal (dentro de la cual se analiza cada categoría dogmática) y la *responsabilidad* como tercera categoría, que incluyera la culpabilidad y la necesidad bajo fines de prevención.

En consideración de que es necesario adoptar una postura para resolver el problema de la pena natural, se sostiene que la responsabilidad penal comprende la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la necesidad de pena, para evitar la repetición indebida de la responsabilidad. Lo anterior, bajo la premisa, aceptada por la doctrina, de que la pena natural no opera como excluyente de las primeras tres

²⁹⁰ Cf. PÉREZ GIRALDO. *Tres enfoques...*

categorías del delito, pero tampoco resulta procedente imponer la pena por falta de necesidad.

§22. Principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad, que se vincula al adagio *nulla poena sine culpa*²⁹¹, es el fundamento de la responsabilidad subjetiva, así como de la categoría dogmática de la culpabilidad²⁹², aunque no se limita a estas. En relación con la pena natural, implica la existencia de un injusto cometido culpablemente, es decir con atribución subjetiva y objetiva de la responsabilidad del agente²⁹³; así como, por regla general, de la configuración de la culpabilidad, concretada en la imputabilidad, la conciencia de la antijuridicidad, la exigibilidad de otra conducta, etc.²⁹⁴. En una palabra: que la pena natural presupone de un injusto, y por regla general, de un injusto culpable.

De esta manera surge uno de los principales problemas de fundamentación de la pena natural, a saber: si por definición tradicional el delito es un injusto culpable, y si la pena es la consecuencia del delito, ¿por qué se excluye la pena en tratándose de pena natural? Desde una perspectiva general, este problema ha sido resuelto por ROXIN²⁹⁵ en el sentido de que la culpabilidad no es suficiente, por sí misma, como fundamento de la pena, pero sí se sostiene como límite de esta, esto es, la función limitadora de la culpabilidad, de la que se deriva la regla según la cual la

²⁹¹ FERRAJOLI. *Cit.*, p. 93. En el orden lógico de Ferrajoli se formula *Nulla actio sine culpa*.

²⁹² ROXIN. *Derecho penal...*, p. 99 y ss.

²⁹³ Refiere BOBADILLA (*cit.*, p. 8) la opinión de CHOCLÁN en el sentido de que la pena natural corresponde a los eventos de superación o exceso del riesgo jurídicamente aprobado.

²⁹⁴ Respecto de la evolución de la culpabilidad, cf. VELÁSQUEZ. *Cit.*, pp. 808-826.

²⁹⁵ Cf. Claus ROXIN. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Editorial Reus. Madrid, 1981, p. 43. Citado por COTE-BARCO, p. 211.

pena no puede exceder la culpabilidad. Para imponer la pena haría falta, según ROXIN, verificar el cumplimiento de los fines preventivos, lo cual para el autor alemán es el contenido de la necesidad de pena²⁹⁶.

En otras palabras, como lo ha sostenido CHOCLÁN MONTALVO²⁹⁷, el principio *nulla poena sine culpa* significa que toda pena requiere culpabilidad, pero no se debe interpretar al contrario, en el sentido de que a toda culpabilidad le corresponda una pena²⁹⁸. Un ejemplo de esto es la pena natural, en la cual un sujeto interviene en la realización de un injusto culpable y, sin embargo, puede no ser necesario imponer la pena o atenuarla, en consideración al daño o coste personal que sufre el sujeto, con ocasión de la conducta, y se asimila al contenido aflictivo o, en otras palabras, a la cualidad negativa de la pena que la hace consistir eminentemente en un mal o un sufrimiento²⁹⁹.

De otra parte, BACIGALUPO³⁰⁰ ha profundizado respecto de la conexión entre la pena natural y el principio de culpabilidad. Según este autor, este principio funciona para establecer los presupuestos subjetivos de la responsabilidad como para individualizar la pena. No obstante, en circunstancias como la pena natural la culpabilidad puede ser «compensada» a través del mal que sufre el sujeto «como consecuencia del delito»³⁰¹ que conlleva la destrucción de los bienes del sujeto.

²⁹⁶ ROXIN. *Derecho penal...*, p. 791 y ss.

²⁹⁷ Citado por BOBADILLA. *Cit.*, p. 22.

²⁹⁸ En el mismo sentido, JESCHECK-WEIGEND. *Cit.*, p. 1285.

²⁹⁹ Cf. AUSTIN. *El objeto...*

³⁰⁰ BACIGALUPO. *Principio de culpabilidad...*

³⁰¹ BOBADILLA. *Cit.*, p. 22.

Esta tesis fue sostenida antes, en términos similares, por JESCHECK y WEIGEND³⁰² en Alemania.

Sin embargo, esta teoría debe rechazarse porque conlleva, en última instancia, a admitir que, en virtud de la pena natural, el juicio de reproche que se concreta en la culpabilidad se ve «compensado», es decir que admite que el reproche por el delito es de la misma naturaleza y puede ser descontado de la pena estatal, y por lo tanto asume que la pena natural es, de hecho, un castigo y un tipo de pena, a pesar de que esta solo es un coste que sufre el autor de un injusto, cuya naturaleza puede asimilarse al aspecto aflictivo de la pena retributiva, pero difiere de los componentes preventivos y expresivos que también se reconocen a esta³⁰³. La teoría de la compensación de la culpabilidad puede servir para sostener la tesis débil de la legitimidad de la pena natural, es decir aquella que la asume como un tipo de pena que impide la imposición de otra, con el fin de no violar el *non bis in ídem*.

Además de lo anterior, porque la propuesta de compensación de culpabilidad excluye el reconocimiento de la pena natural a los inimputables, quienes, al actuar sin culpabilidad, no podrían compensar esta categoría dogmática. Nuestra postura, por el contrario, sostiene que la pena natural solo requiere de injusto para su reconocimiento, en la medida en que corresponde, como BOTTKÉ³⁰⁴ lo reconoce

³⁰² JESCHECK-WEIGEND. *Cit.*, pp. 1285 y ss.

³⁰³ Cf. HÖRNLE. *Cit.*

³⁰⁴ BOTTKÉ. *Cit.*, p. 45: «Las consecuencias productivas de costes pueden estar determinadas por la culpabilidad del hecho punible. En ese caso son retributivas. Las consecuencias que producen costes retributivos están limitadas en su alcance por la medida de la culpabilidad del hecho. O bien puede ser limitados por la especial peligrosidad manifestada en el hecho punible. Son entonces preventivos frente a la peligrosidad. Los costes preventivos de la peligrosidad están sujetos al principio de proporcionalidad. En la realidad jurídica pueden darse formas mixtas.»

para este tipo de sanciones, a un problema de proporcionalidad entre el acto ilícito y la consecuencia normativa.

De este modo, se observa que el contenido de reproche de la culpabilidad se mantiene a pesar de la pena natural, es decir que esta no justifica ni exculpa por vía de compensación. Estimamos que la teoría de la compensación solo busca equilibrar las magnitudes de la culpabilidad con la de la pena en virtud de la función limitadora de la culpabilidad³⁰⁵; y, de este modo asigna el contenido de reproche por el acto culpable al solo sufrimiento por la pena natural, que no implica por sí mismo ningún acto comunicativo de juridicidad.

Solo será en la medida en que se reconozca la relevancia jurídica de la pena natural, este acto cobra significado normativo para inhibir la imposición del castigo con fundamento en el hecho dañino, análogo al daño que ocasiona la retribución del delito; mas no porque, por sí mismo y de manera previa al derecho correspondiera a un tipo de castigo o reproche.

Finalmente, conviene reseñar el comentario de JAKOBS respecto del delito imprudente: «un ciudadano que quita la vida a otro por falta de cuidado frecuentemente sufrirá más por ese hecho que por la poena forensis que le corresponda»³⁰⁶. En opinión de JAKOBS, el tipo imprudente implica el riesgo de que el sujeto resulte dañado por la conducta, de manera que este, a diferencia del tipo

³⁰⁵ Claus ROXIN. «Sentido y límites de la pena estatal». En: Claus ROXIN. *Problemas básicos del derecho penal*. Trad. Diego Manuel LUZÓN PEÑA. Reus. Madrid, 1976, p. 27. Citado por BOBADILLA. *Cit.*, p. 22.

³⁰⁶ Cf. Günther JAKOBS. «El principio de la culpabilidad». En: EL MISMO. *Culpabilidad en derecho penal. Dos cuestiones fundamentales*. Trad. Manuel CANCIO MELIÁ. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003. Citado por BOBADILLA. *Cit.*, p. 6, nota 4.

doloso, lleva implícito el riesgo de una *pœna naturalis*. Esto ha sido interpretado por la doctrina como un respaldo a la existencia de esta institución, incluso compatible con su teoría de la pena estatal en que el responsable entrega su libertad o patrimonio para crear reforzar socialmente el coste de esta conducta, solo que, como resume BOBADILLA, «en los casos de *pœna naturalis*, el único cambio que se produce es que aquello que “entrega” el hechor, y que, por lo general serán bienes más valiosos que su libertad o dinero»³⁰⁷.

§23. Principio de proporcionalidad

Aunque desde BECCARIA hablaba de la constatación de un daño social como requisito para el delito, y de la proporción entre la gravedad de este y la cantidad de pena a imponer³⁰⁸, es importante resaltar la tradición anglosajona de la teoría del merecimiento³⁰⁹, que defendió en Estados Unidos e Inglaterra la idea de proporcionalidad entre la gravedad del delito y la severidad de la pena³¹⁰.

De esta forma, la proporcionalidad es una guía para establecer la severidad de las penas con base en el criterio de gravedad de los delitos. En el mismo sentido, la jurisprudencia española ha resaltado el principio de proporcionalidad para sostener que el daño que produzca que le reporte el delito al autor no debe superar aquel que ocasione este, consideración que ha servido previamente para indicar que la proporcionalidad, vista así, es la evolución del principio de correspondencia

³⁰⁷ BOBADILLA. *Cit.*, p. 42. En similar sentido, SERRANO. *Cit.*, p. 35.

³⁰⁸ Nodier AGUDELO. *La estructura del delito en el nuevo Código Penal*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2004, p. 32. Citado por COTE-BARCO, cit., p. 197.

³⁰⁹ VON HIRSCH. *Cit.*

³¹⁰ *Ibid.*, p. 23.

taliónica³¹¹, mas no como indicación del contenido de la pena, sino como límite de la punición: es decir que, si bien se ha superado el principio del «ojo por ojo», este ha prevalecido como límite, es decir como prohibición de que se supere el daño del delito con la pena: que no se dé, a cambio del delito, más que el ojo por ojo.

Para VON HIRSCH la proporcionalidad es una «exigencia de justicia»³¹² que conlleva preguntarse por el contenido de la pena, es decir por «cuánto castigo debiera recibir el infractor»³¹³. Este autor defiende las justificaciones reprobatorias del castigo, es decir aquellas que se centran en la función de la pena para expresar censura o reproche³¹⁴ a través del castigo por un acto dañino³¹⁵, por lo cual «sería lógico que el *quantum* de castigo guardara una relación razonable con el grado de reprochabilidad de la conducta criminal»³¹⁶.

En consecuencia, la pena expresa el reproche en forma de sufrimiento, y este depende, en virtud de la función censuradora de la pena, del grado de reprochabilidad de la conducta, o sea que la teoría corrige el principio de dañosidad social por el criterio de reprochabilidad³¹⁷.

³¹¹ *Vid., supra*, pp. 65 y ss.

³¹² VON HIRSCH. *Cit.*, p. 31.

³¹³ *Ibid.*

³¹⁴ *Ibid.*, p. 34.

³¹⁵ De ahí que la tradición anglosajona llame al delincuente «*wrongdoer*». *Ibid.*, p. 35.

³¹⁶ *Ibid.*

³¹⁷ *Ibid.*, p. 42. Para VON HIRSCH la relación de proporcionalidad es entre reproche y sufrimiento; en cambio, para la jurisprudencia española, la relación es entre el delito y la pena.

Según SILVA-SÁNCHEZ³¹⁸, del principio de proporcionalidad en sentido amplio se deriva la regla de prohibición de exceso por parte del Estado como reacción al delito, es decir la función limitadora de la proporcionalidad, afín a la función limitadora de la culpabilidad, en virtud de la cual el castigo que exceda el marco de reproche por el delito, sería desproporcionado y por lo tanto ilegítimo.

En relación con la *pœna naturalis*, sin embargo, debe tenerse en cuenta que esta se reconoce como equivalente funcional del aspecto fáctico de la pena, es decir como equivalente de la aflicción ocasionada con el castigo estatal, mas no como equivalente de la pena misma. Por lo tanto, resulta procedente analizar la proporcionalidad entre la pena natural y el aspecto aflictivo de la pena estatal, a fin de establecer la equivalencia en términos funcionales y no naturales, es decir que se trate de aflicciones graves en similar entidad, a pesar de que correspondan a costes distintos a la privación de la libertad, precisamente porque pueden ser costes igual de graves o peores.

En consecuencia, la pena natural no debe ser vista con relación a la gravedad del delito, puesto que no se trata del mismo tipo de proporcionalidad que la pena estatal, es decir que la pena natural no debe castigar propiamente al sujeto; sino solo debe ocasionar un sufrimiento proporcional a la aflicción que le ocasionaría la pena estatal³¹⁹.

³¹⁸ SILVA SÁNCHEZ. *Malum...*, p. 161.

³¹⁹ Si bien se puede comentar que, de manera indirecta, la proporción entre delito y pena afecta la proporción entre pena y pena natural, los fundamentos de un análisis y otro son distintos, en la medida en que solo comparada con la pena estatal la pena natural cobra sentido para excluirla a ella, y no al delito.

Sin embargo, JESCHECK y WEIGEND proponen analizar la proporcionalidad de la pena natural en relación con los posibles daños que el delito pudo haber ocasionado en terceros. Así, «si el autor ha perjudicado a terceros de forma considerablemente más grave que a sí mismo» se podría cuestionar la dispensa de la pena³²⁰.

En síntesis, el principio de proporcionalidad exige una relación de magnitudes entre el reproche normativo y la pena, en el sentido de que esta exprese, por medio del sufrimiento, la censura por el delito; no obstante, como se verá más adelante³²¹, censura y sufrimiento son elementos distintos de la retribución, y por lo tanto la pena natural solo es equivalente al sufrimiento de la pena.

La consecuencia de la equivalencia funcional de la pena natural con el aspecto afflictivo de la pena estatal es la prohibición de imponer, a consecuencia del delito, un sufrimiento adicional, porque se asume que así el sujeto habría de padecer, por su conducta, tanto un sufrimiento como el otro, y en esa medida, mayor pena que la prevista por la ley, lo cual, de otra parte, impacta directamente en el principio de igualdad con relación a las demás personas infractoras de la ley en quienes no concurra pena natural.

§24. Principio de última *ratio*

Por último, debe tenerse en cuenta la naturaleza residual del derecho penal para fundamentar la pena natural. Este principio se asocia al de antijuridicidad material, en el sentido de que «solo le debe ser permitido al Estado recurrir a la pena, cuando se esté ante una conducta que implique un perjuicio insoportable para la

³²⁰ JESCHECK-WEIGEND. Cit., p. 1287.

³²¹ V. *infra.*, § 24.

coexistencia social y no sea posible recurrir a otras formas de control menos agresivas»³²².

Dicho en otras palabras, el principio de *ultima ratio* significa que el ejercicio del poder punitivo solo es legítimo cuando la organización no tiene medios menos costosos para el sujeto con los cuales mantener la existencia del orden social.

En relación con la pena natural, BOBADILLA se ha preguntado³²³ «¿qué podría aportar la pena privativa de la libertad ante el sufrimiento que padecerá ese sujeto por el resto de su vida? Es decir que, ante pérdidas irreparables para el sujeto y evidentes para la sociedad, nada puede aportar la pena para cumplir una finalidad legítima, que redunde en beneficio de la sociedad. Pareciera evidente que la imposición severa de una pena estatal en casos de *pœna naturalis* solo genera mayores perjuicios al sujeto y a la sociedad, que puede incurrir en la imposición de un castigo cruel a un sujeto suficientemente disminuido, es decir a quien no necesita de mayores aflicciones para comprender el significado social de su conducta.

Este principio es importante también para determinar el grado de conflictividad que reporte el delito en la sociedad y, especialmente, en las víctimas. En la medida en que estas consideren que pueden tramitar el conflicto por vías menos gravosas que el derecho penal, o que no se opongan al reconocimiento de la pena natural, resulta más pacífica la aplicación de la institución. En cambio, en situaciones de alta conflictividad y oposición por parte de la sociedad o de las víctimas, se requiere un grado de justificación superior para modular la sanción penal, habida cuenta del

³²² COTE-BARCO. *Cit.*, p. 197.

³²³ BOBADILLA. *Cit.*, p. 3.

mantenimiento del reproche social, lo cual, sin embargo, no excepciona la prohibición de exceso en el castigo.

B. PENA NATURAL Y TEORÍA DE LOS FINES DE LA PENA

Deben analizarse los fines y funciones frente a la pena estatal, no frente a la pena natural. Esta no es castigo ni pena legal, por lo tanto no cumple ninguna función, propiamente, de la pena estatal, sino solo en un sentido metafórico³²⁴.

La doctrina coincide en analizar la pena natural a la luz de la teoría de los fines de la pena; quizás, influidos por la percepción errónea de que la pena natural es un tipo de «pena», es decir que esa es su naturaleza jurídica, análoga a la pena estatal, y por lo cual debería cumplir los mismos fines³²⁵. Esta tendencia por estudiar la pena natural a la luz de la teoría de los fines de la pena estatal la encontramos en BOBADILLA: «Luego, hemos de encuadrar dicho concepto en el marco de las teorías de la pena, pues la institución que nos convoca conduce a aquellas posibilidades en las cuales se va a dejar de aplicar una sanción estatal a un hecho típico, antijurídico y culpable, por lo cual requerimos de una justificación desde la teoría de la pena para aquella eximición»³²⁶. En el mismo sentido, SPOTTE y DONELSON han analizado la pena natural de este modo, con resultados insatisfactorios.

Por este motivo, las conclusiones de la doctrina coinciden en señalar que la pena natural no se puede entender como una retribución en la medida en que carece del

³²⁴ Como sostienen, por ejemplo, DONELSON, BOBADILLA y SILVA SÁNCHEZ.

³²⁵ Una situación que puede apuntar en este sentido es que el § 60 del StGB esté dentro del capítulo de las penas; así también, el art. 34 del C. Penal colombiano está en el capítulo de las penas.

³²⁶ BOBADILLA. *Cit.*, p. 4.

acto de imposición del castigo como retribución, sino que ocurre sin la intención de realizar la justicia, amén de que, obviamente, no cumple con los estándares de proporción y racionalidad de las penas estatales³²⁷. De otra parte, se ha criticado que la pena natural no sirve para verificar los fines preventivos de la pena: en concreto, la pena natural no serviría para disuadir a la comunidad de cometer delitos ni para reafirmar la vigencia de la norma³²⁸; motivos por los cuales se suele rechazar la legitimidad de la pena natural por incumplimiento de los fines de la pena.

Lo cual, por otra parte, es predecible habida cuenta del error metodológico consistente en asumir que la naturaleza jurídica de la pena natural es la de una pena, y, en consecuencia, pretender que aquella encuadre en el concepto de pena legal. En realidad, la pena natural no es un tipo de pena, sino una circunstancia personal del autor que es tomada en cuenta para establecer la necesidad de pena estatal. Desde esta perspectiva, la pena natural no es propiamente una especie del género pena, sino una circunstancia de modulación punitiva integrada en la necesidad de pena.

De acuerdo con lo anterior, es incorrecto estudiar los efectos retributivos, preventivos, etc., de la pena natural, puesto que lo indicado es analizar esos mismos fines conforme su objeto normativo, esto es, respecto de la pena forense. Por lo tanto, el estudio que se debe realizar no es, como lo ha intentado la doctrina, determinar el cumplimiento de los fines de la pena en virtud de la pena estatal; sino analizar el cumplimiento de los distintos fines y funciones de la pena estatal en los casos de pena natural, como método para establecer si es necesario imponer (y en qué medida) un castigo institucionalizado.

³²⁷ SPROTTE. *Cit.*, pp. 22 y ss.

³²⁸ DONELSON. *Cit.*, pp. 12 y ss.

§25. Pena natural y retribución

La doctrina anglosajona ha resumido acertadamente los elementos de la retribución³²⁹ en la imposición de un sufrimiento, de un lado, y la censura del comportamiento, por el otro. Ambos elementos dan a la pena la connotación de castigo: a través de dolor del acusado³³⁰ se expresa el sentido prohibido del delito. Por esta razón se exige como elemento de la retribución la existencia de alguien que manifieste la censura, para que no se trate de un simple mal, sino un mal con sentido de reproche.

La pena natural comporta un mal, pero no es ocasionada por alguien dirigido a expresar la censura normativa (puesto que, de un lado, la pena natural proviene propiamente de la naturaleza, pero también se admiten los actos de terceros no habilitados para imponer la pena...), en consecuencia no se trata propiamente de una retribución, sino solo de un sufrimiento, en principio sin significado.

Pero comoquiera que la pena estatal conlleva la imposición de una aflicción personal, referida a la libertad o al patrimonio del sujeto, este solo aspecto es análogo a la pena natural, es decir al hecho afflictivo sin significado de castigo, pero que significa un coste importante al sujeto, tanto como la pena estatal.

³²⁹ Ibid., p. 13.

³³⁰ Cf. Nils Christie. *Los límites del dolor*. Trad. Mariluz CASO. Fondo de Cultura Económica. México, 1985. Cf. Michel FOUCAULT. *Vigilar y castigar*. Trad. Aurelio GARZÓN DEL CAMINO. Siglo Veintiuno Editores. Buenos Aires, 1976.

Por lo tanto, la equivalencia relevante que da sentido a la pena natural ocurre entre la aflicción retributiva y el daño no forense que sufre el sujeto. El reconocimiento que otorga el ordenamiento jurídico significa que la pena natural es equivalente a la aflicción retributiva de la pena, mas no a la pena misma.

La consecuencia interpretativa de esta postura consiste en que, en el análisis de la necesidad de retribuir el delito con un castigo afflictivo, se observa que, a pesar de la existencia de una conducta ilícita, el sujeto ha padecido con ocasión del delito un coste personal tan grave como el que prevé la pena estatal. No obstante, en razón de que el principio de proporcionalidad exige que el daño que sufra el autor no supere el daño ocasionado con el delito, la determinación del castigo judicial no puede desconocer el daño que sustenta la pena natural, a pesar de que este no fuera ocasionado por el Estado ni tuviera por efecto expresar censura, pero sí constituye un sufrimiento con ocasión de la conducta.

Al respecto, las posturas de los ordenamientos jurídicos varían entre reconocer la existencia de la pena natural, pero no darle relevancia jurídica habida cuenta de que no proviene, en todo caso, de la autoridad estatal ni de la comunidad organizada; o asignarle la consecuencia de excluir la pena estatal.

Respecto de esta segunda postura, la exclusión se explica por sustracción de materia respecto de la imposición de un castigo. La pena estatal corresponde, además de la retribución, a otros fines que define cada ordenamiento; pero, en cuanto retribución, impone un sufrimiento que es análogo al ya padecido por el sujeto, y por lo tanto no puede imponer sufrimiento adicional, a fuerza de exceder la proporción con la conducta.

En consecuencia, la descripción de la pena natural no se ajusta a la exclusión de repetir el castigo, sino de no imponer más sufrimiento, en consideración del que se verifica en el sujeto. En una palabra, puesto que la retribución implica sufrimiento, la imposibilidad de imponer más sufrimiento mediante la pena estatal excluye la

retribución del delito, porque no se puede comunicar tampoco, de manera racional, la censura por medio de la pena natural.

Por estos motivos la pena natural excluye la censura por cuanto inhibe la aplicación de uno de sus elementos, a saber, el componente aflictivo de la pena.

Se observa que la pena, como concepto jurídico, se compone de distintos elementos, que no pueden ser omitidos en la imposición del castigo estatal, sino que requiere, para que este sea necesario, del cumplimiento de cada uno de sus elementos, porque si alguno de ellos, por ejemplo, el sufrimiento de la retribución, no puede ser impuesto, la pena no es necesaria.

En consecuencia, nuestra tesis señala que la pena natural hace innecesaria la imposición de la retribución y por lo tanto excluye la necesidad de pena. Es decir que, contrario a lo sostenido por la doctrina³³¹ y replicado por el Código Penal colombiano³³², el estudio de la necesidad no se limita al marco de prevención, sino también al de la retribución justa³³³. La imposición de un castigo aparejado a la pena

³³¹ BOTTKE. *Cit.*, pp. 52-53: «No consideramos la teoría del castigo de la culpa como teoría de la finalidad de la pena, y en este punto estamos preparados al rápido juicio de la crítica, porque no responde a ninguna finalidad de las que deben ser perseguidas de acuerdo con la constitución penal, y ello por dos razones: porque hipertrofia el efecto primario de la pena en atención a una finalidad carente de efectos secundarios, y porque habla de “finalidad”, en un sentido coloquial, allá donde en realidad quiere referirse a la justicia retributiva».

³³² Art. 3, inc. 2: «El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan.»

³³³ Lo cual, por otra parte, se vincula al concepto lógico de necesidad: lo que se requiere para la existencia de algo: en la medida en que la aflicción se requiere, en última instancia, para la existencia de la pena estatal, la imposibilidad de imponerla hace innecesaria la pena.

estatal no solo excede la prohibición de exceso, sino también el principio de necesidad.

Lo anterior, habida cuenta de que cada elemento de la pena, v. gr., la censura o la aflicción, tiene un rol de complementariedad con los otros, y solo de esta manera configura el concepto jurídico de pena estatal, es decir la coerción habilitada por el ordenamiento jurídico. Sin la existencia de un elemento de la pena, los demás no carecen de objeto con el cual complementarse y comunicar el sentido jurídico de la pena³³⁴.

Lo cual conecta, finalmente, con la legitimidad de la solución jurídica consistente en declarar la responsabilidad penal y condenar por determinado delito, con la finalidad de expresar la censura del comportamiento, pero excluir la imposición del castigo, por ejemplo de privación de libertad. Esta solución, que pudiera parecer ajustada a la necesidad en el marco de los fines preventivos, consiste en un castigo no aceptado por el derecho, es decir una institución no reconocida por ninguna regla jurídica, en la medida en que la responsabilidad penal implica la pena, y esta es indivisible de sus elementos esenciales, de modo que, en ausencia de la aflicción, simplemente el fenómeno que se origina no equivale a la pena estatal, y por lo tanto sería una pena ilegal³³⁵.

³³⁴ Estimamos que el castigo incompleto sería solo coacción. Cf. PÉREZ GIRALDO. *Tres enfoques...*, p. 61 y ss.

³³⁵ “En muchos casos, el castigo de todo comportamiento socialmente dañoso sería desproporcionado a la significación del hecho y produciría más daños, en lugar de prevenirlos”. Claus ROXIN. *Iniciación al derecho penal de hoy*. Publicaciones de Sevilla. 1981, p. 30. Citado por COTE-BARCO., Cit., p. 197.

Téngase en consideración que la pena es el mecanismo coercitivo por excelencia, es decir que explica la coerción como función normativa legítima, que diferencia al derecho de los órdenes coactivos ilegítimos, como la venganza. Su sentido está dado por su carácter normativo³³⁶. Solo en la medida en que los ordenamientos prevean la existencia de «penas» sin aflicciones, con un contenido meramente simbólico de censura, habría lugar a declarar la responsabilidad penal en casos de pena natural.

§26. Pena natural y prevención

La pena natural no cumple funciones preventivas. No sirve para prevenir delitos, en sentido amplio, ni para cumplir con los fines de prevención general, especial, positiva y negativa³³⁷.

DONELSON³³⁸ sostiene que la pena natural puede servir a los fines de la reincidencia, especialmente en los casos en que reduce las capacidades físicas del sujeto, es decir que, según este autor, la pena natural puede contribuir a evitar la reincidencia. Sin embargo, rechazamos esta posición porque la prevención especial debe operar en el marco de la resocialización, y no solo como anulación de las capacidades humanas. En cuanto a la prevención especial negativa o destructiva del sujeto, como ha establecido la doctrina³³⁹, no corresponde a un fin legítimo de la pena estatal, por lo cual es incorrecto resaltar esta finalidad para legitimar la pena natural.

³³⁶ Cf. PÉREZ GIRALDO. *Tres enfoques...*

³³⁷ Respecto de los conceptos de prevención, v. HÖRNLE. *Cit.*, pp. 26-33.

³³⁸ DONELSON. *Cit.*, p. 12.

³³⁹ Heiko LESCH. *La función de la pena*. Trad. Javier SÁNCHEZ-VERA. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2000, p. 56.

Así también, se ha sostenido³⁴⁰ que la pena natural puede servir a la intimidación social, como refuerzo cognitivo para que las personas eviten el comportamiento ilícito en consideración de los graves daños que puede ocasionar. Rechazamos esta postura también, en la medida en que la intimidación que puede generar la pena natural es tan solo hipotética, sometida al alea de la ocurrencia de un mal resultado para el autor, de modo que el refuerzo cognitivo estaría fundado en la mala fortuna o el destino, y no en la retribución³⁴¹.

Por lo demás, los fines preventivos tienen lugar en el marco de la pena estatal, es decir legitimados por las reglas que rigen el poder punitivo en cuanto mecanismo coercitivo, o sea que no ocurren de manera independiente al derecho. Debido a que la pena natural no constituye un mecanismo de coerción, sino, por el contrario, la inhibición de este por falta de necesidad, su función jurídica no es servir a la prevención, sino corregir la proporcionalidad de la pena.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, según ROXIN³⁴², la necesidad de la pena se vincula al cumplimiento de los fines preventivos. Así también, los fines preventivos, según la doctrina³⁴³, son incompatibles con la retribución³⁴⁴, debido a que esta no sería propiamente un fin utilitario, sino que sería un fin en sí mismo.

³⁴⁰ DONELSON. *Cit.*

³⁴¹ En el mismo sentido, SPROTTE. *Cit.*

³⁴² ROXIN. *Derecho penal...*, p. 983: «Conforme a la misma, se dará el “merecimiento de pena” cuando una conducta sea típica, antijurídica y culpable (aunque de un modo más sobrio y más exacto debería hablarse de la concurrencia de una “posibilidad de punición”); pero una conducta “merecedora de pena” solo estará “necesitada de pena” si se añade una necesidad preventiva de punición.»

³⁴³ *Vid., supra*, nota 302.

³⁴⁴ LESCH. *Cit.*, p. 68.

Siguiendo este derrotero, el Código Penal colombiano (art. 3) establece que «El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan». Este texto ha servido para sostener por parte de la jurisprudencia nacional³⁴⁵ que la pena natural establecida en el artículo 34 ibidem es una de las manifestaciones de la necesidad en el marco de la prevención.

Lo anterior, sin embargo, es incorrecto en la medida en que la pena natural no cumple fines preventivos, es decir que no corresponde a una institución de la necesidad en el marco de la prevención; no obstante, sí cumple funciones de proporcionalidad y razonabilidad referidos a la retribución, es decir vinculados a la teoría del merecimiento³⁴⁶. Por lo tanto, la pena natural no es un desarrollo de la prevención, sino solo un límite a la retribución, impuesto por la prohibición de exceso.

En consecuencia, advertimos dos conceptos de necesidad que se desarrollarán más adelante, a saber: de un lado la necesidad en sentido lógico, según la cual la aflicción es un elemento esencial de la pena, y en ausencia de esta la pena no sería necesaria; y un sentido teleológico, acorde a los desarrollos de la doctrina alemana, según el cual lo necesario sirve para el cumplimiento de fines, especialmente de prevención.

³⁴⁵ COTE-BARCO. *Cit.*, p. 194.

³⁴⁶ VON HIRCH. *Cit.*

Finalmente, es importante destacar la opinión de FERRAJOLI³⁴⁷, quien considera que las funciones preventivas se concretan en la evitación de delitos, pero también en la evitación de castigos. Solo de esta manera, evitando los delitos y los castigos, el derecho penal puede cumplir una función legítima y constructiva en la sociedad, bajo el entendido de que no solo el delito es indeseable, sino también el castigo. Solo bajo este sentido de prevención de castigos la pena natural puede cumplir una función preventiva, en la medida en que funciona como límite efectivo del poder sancionador.

§27. Pena natural y expresión del castigo

Las teorías de la expresión también son comunes a la tradición anglosajona y continental: de un lado, el profesor escocés Antony DUFF³⁴⁸ propuso la concepción comunicativa del castigo, basado en el análisis de las prácticas sociales y su significado; y, de otro, JAKOBS³⁴⁹, y más recientemente, HÖRNLE³⁵⁰, que parten mayoritariamente de los presupuestos sistémicos del funcionalismo alemán³⁵¹ y ponen enfoque en la «función comunicativa de las sentencias penales», es decir que corresponde a lo que se ha llamado prevención general positiva, pero, como

³⁴⁷ «De este modo, la pena no sirve sólo para prevenir los delitos injustos, sino también los castigos injustos; no sólo tutela a la persona ofendida por el delito, sino “también al delincuente frente a las reacciones informales, públicas o privadas”». Ricardo A. GUIBOURG. «Luigi Ferrajoli y el utilitarismo penal reformado». En: *Análisis e derecho*. Dirigida por R. GUASTINI. 1998, p. 120.

³⁴⁸ Antony DUFF. *Punishment, communication and community*. Oxford University Press. Oxford, 2001. Especialmente citado por SERRANO. *Op. cit.*

³⁴⁹ Cf. JAKOBS. *La pena estatal...*

³⁵⁰ HÖRNLE. *Cit.* pp. 33 y ss.

³⁵¹ Cf. LESCH. *Cit.*

señala HÖRNLE³⁵², de forma más adecuada son teorías expresivas, dirigidas a comunicar (al autor, a la sociedad o a la víctima) la vigencia del orden jurídico³⁵³.

DUFF coincide en rechazar que la pena natural pueda servir a los fines comunicativos del castigo³⁵⁴, pero DONELSON insiste en que «definitivamente puede, previendo que la pena natural sea adecuadamente publicitada y correctamente enmarcada por las autoridades»³⁵⁵.

Al respecto, es importante notar que DONELSON parte del presupuesto de que la pena natural es una pena para efectos constitucionales y fundamenta la atenuación o eximición de la pena en el *non bis in ídem*. Por este motivo insiste en asignar los fines y funciones de la pena legal a la pena natural. Sin embargo, de acuerdo con la perspectiva establecida en torno a que la pena natural excluye la pena estatal mas no la sustituye, es evidente que la pena natural en cuanto hecho dañino para el autor (*i. e.*, como supuesto de hecho normativo) no cumple fines expresivos del castigo ni de la vigencia de la prohibición penal.

³⁵² HÖRNLE. *Cit.*, p. 34.

³⁵³ En última instancia, las teorías expresivas están enmarcadas dentro de la tradición hegeliana, aunque, más propiamente, parten de los presupuestos teóricos del funcionalismo luhmanniano. Cf. Eduardo MONTEALEGRE y Jorge PERDOMO. *Funcionalismo y normativismo penal: una introducción a la obra de Günther Jakobs*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2006.

³⁵⁴ Antony DUFF. *The intrusion of mercy*. 4 *OHIO ST. J. CRIM. L.* 361, 387n16 (2007). Citado por DONELSON. *Cit.*, p. 14.

³⁵⁵ *Ibid.* «While some respected voices have expressed doubt as to whether natural punishment can play this communicative role,⁵⁸ it surely can, provided that natural punishments are adequately publicized and correctly framed by authorities. »

Sin embargo, en cuanto la pena natural cobra sentido jurídico, es decir conforme la norma jurídica que la reconozca y asigne los efectos correctivos de la coerción, en el sentido de atenuar o eximir la pena estatal, es evidente que se trata de una operación válida dentro del sistema jurídico y, por lo tanto, existe y tiene significado como norma jurídica para la sociedad. Pero este sentido no es idéntico al de la prevención general positiva ni al de la expresión del castigo, en la medida en que no expresa un castigo, sino todo lo contrario: manifiesta la vigencia del orden justo a través de la renuncia a la imposición de una pena innecesaria, y desde esa perspectiva puede ser comunicado como una prevención del castigo.

Desde luego, cada sociedad particular establece los criterios en que interpreta la necesidad de castigo; sin embargo, en tanto se sostengan en la cultura jurídica los dogmas de la proporcionalidad del castigo (o de la función limitadora de la culpabilidad), existe la regla de prohibición de exceso, cuya validez normativa tiene las mismas características que los tipos penales. Por lo tanto, la aplicación de la pena natural reafirma la existencia de ella misma como norma jurídica, y por lo tanto de la regla de prohibición de exceso que garantiza un orden justo.

Hecha esta precisión, podemos estar de acuerdo con DONELSON en que la pena natural puede servir a fines expresivos de la justicia, mas no del castigo.

Finalmente, debe formularse una crítica a la preocupación sobre el significado que la pena natural pueda tener para la sociedad, y especialmente para evitar el aprendizaje selectivo que logre defraudar el sistema³⁵⁶. Debe tenerse en cuenta el requisito normativo de la pena natural (presente, por ejemplo, en el § 60 del StGB.)

³⁵⁶ JAKOBS. *El principio de...* Citado por BOBADILLA. *Cit.*, p. 20.

respecto de que sea evidente o notoria la incorrección de aplicar una pena³⁵⁷, es decir que el sentido comunicativo de la situación que da lugar a la pena natural (por ejemplo, la grave afectación que sufre el autor de un delito imprudente) expresa que es innecesario imponer un castigo en esas circunstancias. No obstante, estas consideraciones deben ser hechas por la autoridad que establezca la institución y comunicadas de manera apropiada, como señala DONELSON.

§28. El enfoque comunicativo del fallo

Haría falta, por último, hacer algunas reflexiones sobre la aptitud comunicativa de las sentencias o fallos que reconocen la pena natural, habida cuenta de que, en la gran mayoría de los casos, se trata de decisiones que no imponen un castigo material, valga decir, no se aplica ningún «apoyo cognitivo» del carácter prohibido del delito y de la vigencia de la norma penal.

Los fallos judiciales representan la garantía democrática de la intervención de un tercero (juez), quien actúa de manera imparcial y razonable, y aplica el orden jurídico, instrumentalizado en un juicio justo³⁵⁸ a la luz de los derechos humanos. Inclusive, derecho penal y democracia se ven ligados en los fundamentos internacionales del proceso penal, que, dentro de un orden democrático, se fundamenta en la imparcialidad del juez y la motivación de sus decisiones³⁵⁹.

³⁵⁷ Sobre lo «evidentemente incorrecto» del § 60, v. SPOTTE. *Cit.*, pp. 100 y ss.

³⁵⁸ Cf. URBANO MARTÍNEZ. *¿Dudar y condenar?... Cit.*

³⁵⁹ Cf. Consejo de Europa. Tribunal europeo de Derechos Humanos. *Guía del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. 2013.

La obligación de argumentar las decisiones garantiza tanto el derecho del compareciente a escuchar la réplica de sus argumentos, como de conocer los motivos que, en derecho, sirven al fallador para imponer o no una sanción, en particular, una pena. Por este motivo, a las decisiones judiciales que establecen responsabilidad penal se les atribuye el efecto de comunicar el carácter vigente del ordenamiento penal y, por lo tanto, de reafirmar lo prohibido de las conductas punibles. Aunque, como se ha señalado previamente³⁶⁰, la tradición ha sostenido que no basta con la manifestación meramente verbal o simbólica de la sentencia, sino que esta debe, para cumplir con este fin, reforzarse con un castigo de naturaleza física o pecuniaria.

Sin embargo, esta argumentación no se puede trasladar directamente a la pena natural, porque esta se caracteriza, justamente, por la menor o incluso nula imposición de castigo, de modo que las decisiones que reconocen la pena natural carecen de refuerzo cognitivo que indique la vigencia del derecho.

Este punto puede ser visto desde dos perspectivas:

De una parte, con relación al ejercicio efectivo del poder punitivo, permite sostener que el castigo, como experiencia aflictiva, es un requisito esencial de la pena, y, en esa medida, las amonestaciones estrictamente verbales, a menos que se encuentren previstas como pena legal, no son suficientes para reafirmar el valor comunicativo del fallo. En ese sentido, HEGEL considera que la realización del derecho se consigue a partir de la reafirmación de la vigencia de la norma, a pesar del delito, de donde surge el enfoque preventivo-general-positivo y la idea de expresión contrafáctica de la pena defendida por JAKOBS.

³⁶⁰ JAKOBS. *La pena estatal... Cit.*, p. 42.

Por estos motivos se ha considerado incorrecta la solución jurídica consistente en reconocer la pena natural, pero aun así sostener la declaratoria de responsabilidad del acusado, por ejemplo, para fines comunicativos o de vigencia del derecho, pues en esa circunstancia el mensaje es confuso respecto de la vigencia de una pena que no se ejecuta.

De otra parte, las decisiones que reconocen la pena natural lo hacen con fundamento en una norma jurídica que habilita una excepción a la punición, con independencia de la verificación de los elementos del merecimiento de pena; pero, habida cuenta de que no resulta proporcional (y desde esta perspectiva, racional) la imposición del castigo, se renuncia a él por cuestiones de necesidad (proporcionalidad). Hechas estas consideraciones, la pena natural sirve para reafirmar el orden jurídico justo y armónico, en que se privilegia el ejercicio racional del poder punitivo sobre la reafirmación innecesaria de la pena estatal.

En esa medida —se reitera— para comunicar la pena es necesario que se materialice una situación aflictiva con relación al penado, y así reafirmar la vigencia de aquella; pero, de manera más general, para el fin de expresar la vigencia del derecho no basta con —ni es suficiente— imponer castigos, sino que la abstención de estos, con fundamento en las distintas causales (inocencia, duda, pena natural, imposibilidad de ejercer la acción, etc.), también son la expresión de la vigencia del ordenamiento jurídico con sus distintas reglas secundarias³⁶¹. Por lo tanto, en estas

³⁶¹ Cf. PÉREZ GIRALDO. *Tres enfoques...* *Cit.* Es importante mencionar la crítica de SCHÜNEMANN sobre la objetivación de la vigencia jurídica en el castigo, pues «la aplastante mayoría de las lesiones a las normas, por ejemplo, todas las lesiones civiles del contrato, permanecen, de buena razón, exentas de castigo». SCHÜNEMANN. *Cit.*, p. 6.

situaciones resulta innecesario expresar la continuidad del orden social con más recursos jurídicos que el fallo atenuante o eximente de responsabilidad.

Con lo cual se contradicen, finalmente, ciertas posturas psicologistas³⁶² que hacen demasiado énfasis en la capacidad comunicativa del dolor como amenaza tendiente a controlar el comportamiento social. Al respecto, aunque se reconoce la necesidad del elemento afflictivo de la pena, se estima que el modelo antropológico del que debe partir la teoría jurídica no debe limitar el ser humano a los estímulos conductistas que lo lleven a evitar el dolor, sino que se debe reconocer la capacidad de la persona para comprender los diferentes sentidos de las normas jurídicas, que establecen reglas y excepciones, y no solo castigos o amenazas de castigo.

Por este motivo, consideramos que el reconocimiento de la pena natural no se entiende, desde un enfoque racional, como la impunidad de un comportamiento prohibido, ni como la puesta en duda de la vigencia del derecho penal; sino, por el contrario, es el reconocimiento de la inutilidad (y, por lo tanto, falta de necesidad) del derecho penal para actuar respecto de una situación en que, por vías distintas del derecho, el mundo se ha encargado de ocasionar una aflicción considerable al autor del delito. Se trata, por lo tanto, de la expresión de la proporcionalidad y la racionalidad del derecho en decisiones que se abstienen de modificar el orden social mediante el poder punitivo.

³⁶² Sobre el concepto de «intimidación» en FEUERBACH, Cf. GROCIO. *Lo vivo y lo muerto... Cit.*, pp. 278 y ss.

Adviértase, por último, que la pena natural puede ser vista también a la luz de la teoría de la adecuación social³⁶³, que se ha entendido tradicionalmente referida al tipo objetivo y que, inclusive, se ha postulado como el antecedente de las instituciones de la imputación objetiva³⁶⁴. En síntesis, esta teoría defiende que el sentido de la norma y del comportamiento no puede ser entendido sin referencia al contexto social como estándar para determinar lo «injusto»; pues bien, esta teoría, que se ha aplicado a la dogmática del comportamiento típico, también puede aplicarse a la pena para explicar que, por ejemplo, en determinado orden social se entienda que es pena un hecho natural o meramente fáctico. No obstante, esta postura se rechaza porque no dejaría de ser confusa la forma en que se puede ejecutar un castigo sin la voluntad de imponerlo. En este aspecto de la adecuación social es indispensable atender al contexto que da identidad a la sociedad y, en particular, a los presupuestos racionales del orden democrático, que, como sostiene BUSTOS RAMÍREZ³⁶⁵, comprometen al penalista a evitar los mitos y las ficciones³⁶⁶, para concentrarse en el ser humano como actor político cuya responsabilidad debe ser establecida en el marco de una relación social³⁶⁷.

³⁶³ Manuel CANCIO MELIÁ. «Adecuación social». En: Yesid REYES ALVARADO y otros (Eds.). *Lo vivo y lo muerto en la teoría del delito de Hans Welzel*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2022, pp. 123-192.

³⁶⁴ *Ibid.*, p. 126.

³⁶⁵ Juan BUSTOS RAMÍREZ. *Bases críticas de un nuevo derecho penal*. Temis. Bogotá, 1982, p. 145. «Un estado democrático no puede basarse en ficciones o mitos. La afirmación de ellos solo puede servir para impedir cualquier regulación o control de la actividad del Estado, para impedir una discusión y revisión crítica de ella, para permitir la tendencia al totalitarismo y la arbitrariedad».

³⁶⁶ Lo cual, desde luego, no significa rechazar la creación literaria en un orden democrático, sino a evitar el uso figurado del lenguaje, en el contexto jurídico, cuando se puede hablar de modo directo y analítico.

³⁶⁷ BUSTOS RAMÍREZ. *Cit.*, p. 145.

Pero, de otra parte, esta postura puede conducir a aceptar solo los castigos adecuados para una sociedad, de modo que una pena legal, en ciertos contextos, no corresponda propiamente a una pena jurídica. Dicho de otro modo, si una pena es inadecuada, aun siendo prevista por la ley, puede no ser obligatoria.

Se ha criticado a la teoría de la adecuación social³⁶⁸ que corresponda propiamente una teoría normativa y no solo una propuesta para analizar la aceptación fáctica del comportamiento, es decir que este concepto social requiere de un anclaje en el derecho vigente. Aunque en el pensamiento de WELZEL el recurso a categorías previas al derecho (o lógico-objetivas) puede conducir a dificultades epistemológicas con una teoría de la normatividad, el estado actual de la teoría de la pena vincula mediante norma jurídica la imposición del castigo, por un lado, al cumplimiento de los principios básicos de la pena (merecimiento y proporcionalidad, principalmente) y a la necesidad preventiva como requisito de legitimidad. De ese modo, serían ilegítimos, entiéndase antijurídicos, los castigos que no cumplan con las exigencias normativas, lo cual, desde un punto de vista conceptual, simplemente conduciría a excluirlos de la noción de «pena».

Pero, comoquiera que la cuestión no es solo la normatividad de la pena natural³⁶⁹, sino también el sentido comunicativo del fallo que la reconozca, resulta útil recurrir a la teoría de la adecuación social para proponer que, en los contextos de graves daños para el autor, la abstención del castigo se entiende como la abstención de una pena inadecuada, que —nos referimos a la pena estatal— incumpliría con las exigencias normativas, específicamente de proporcionalidad, pero también transmitiría a la sociedad un mensaje de excesiva severidad en el castigo que puede

³⁶⁸ Ibid., p. 134.

³⁶⁹ Cf. *Supra*, cap. II, lit. C: «Concepto normativo de pena natural».

ser contraproducente para el mantenimiento del orden justo. En una palabra, la pena natural es una institución normativa que previene el castigo socialmente inadecuado.

En esas circunstancias puede no ser necesario imponer ningún castigo estatal, y aun así, expresar a la vez el sentido reprochado del comportamiento. Esto es posible gracias a los puntos de partida de una decisión de este tipo: de una parte, el injusto o culpabilidad de la conducta, pero, de otra, la humanidad y racionalidad del orden jurídico. De manera que la renuncia al castigo no significa la inexigibilidad de la conducta apegada a derecho, sino la imposibilidad de sancionar ese comportamiento sin vulnerar el principio de proporcionalidad, habida cuenta de la ocurrencia de un hecho externo que se representa como doloroso para el autor.

En síntesis, la expresión de la pena natural en las decisiones judiciales corresponde a una cuestión de aplicación de normas jurídicas; pero es conveniente que el sentido de la decisión sea claro para la sociedad como la reafirmación de la vigencia del orden justo, dentro del cual cabe, sin ninguna contradicción, la afirmación de que una conducta es prohibida, pero no procede sancionarla, no porque esté justificada, sino porque no es necesario hacerlo con el fin de respetar la proporcionalidad entre el delito y la pena.

Es decir que tiene razón SCHÜNEMANN en rechazar el enfoque automático o consecuencialista de la pena, según el cual «la pena debe seguir al quebrantamiento de la norma de manera categórica»³⁷⁰, sino que se debe aceptar, siguiendo a JAKOBS, que aquella se puede prescindir de acuerdo con la «realidad

³⁷⁰ SCHÜNEMANN. *Cit.*, p. 5.

social»³⁷¹. Es absolutamente lógico, en consecuencia, que haya delitos sin pena, y que esto no signifique ineficacia del derecho o impunidad. O, como se ha anotado ya, que el principio *nulla pœna sine crimine* no admite ser interpretado al revés: que no existe tal principio como *nullum crimine sine pœna*.

C. PENA NATURAL Y TEORÍA DE LA NECESIDAD

§29. Sentidos lógico y teleológico de *necesidad*

En este punto el concepto de *necesidad* es fundamental para comprender la naturaleza de la pena estatal.

La doctrina del derecho penal ha entendido³⁷² que la necesidad está vinculada al cumplimiento de los fines de la pena, es decir a la prevención. Este criterio busca legitimar la imposición del castigo dotando de sentido utilitario el acto de punir, porque, como dice HÖRNLE³⁷³, «en un Estado de Derecho moderno no se puede sostener seriamente la afirmación de que no hay necesidad de fundamentación».

A diferencia, la retribución no está ligada a una utilidad o beneficio, por lo cual «no es posible fundamentar *por qué* a una culpabilidad personal (...) le *tiene que* seguir una pena»³⁷⁴. Pero, como se ha sostenido en este trabajo, la retribución sí funciona como límite de la determinación de la pena y, de este modo, protege al individuo de

³⁷¹ Günther JAKOBS. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Trads. Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJOÓ SÁNCHEZ. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1996. Citado por SCHÜNEMAN. *Cit.*, p. 5.

³⁷² COTE-BARCO. *Cit.*

³⁷³ HÖRNLE. *Cit.*, p. 22.

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 24.

la instrumentalización por parte del Estado para fines preventivos en cuanto la pena exceda la retribución.

La justificación de la pena como utilidad para alcanzar un fin es el sentido teleológico o instrumental de *necesidad*, es decir que lo necesario es aquello que conduce a un fin, de modo que solo se pueda lograr mediante el recurso al instrumento, como la pena sirve teóricamente a la prevención. Pero esto no quiere decir que la prevención sea una necesidad, sino la pena se torna en necesaria con relación a la prevención.

Esto explica por qué, para la tradición roxiniana, la necesidad de la pena se entiende en el marco de la prevención. La retribución no sería una necesidad por el motivo de que no sirve a fines. Así, se observa que la discusión sobre las llamadas teorías «absolutas» y «relativas» conlleva a limitar la necesidad de pena a estas últimas, en tanto la retribución se entiende que no corresponde a ningún fin de la pena³⁷⁵, porque los críticos de la retribución desconocen la función expresiva de la censura que esta cumple.

No obstante, como se viene de explicar, la pena natural no cumple fines preventivos, especialmente porque, como sostiene SPROTTE³⁷⁶: «una *pœna naturalis* no tiene un veredicto previo de culpabilidad», es decir que carece de aptitud para comunicar la censura del comportamiento. Pero esta postura metodológica solo conlleva a la conclusión de que la pena natural no es necesaria como pena, y no da cuenta del asunto relevante, consistente en la falta de necesidad de pena estatal con fundamento en la pena natural.

³⁷⁵ BOTTKE. *Cit.*

³⁷⁶ SPROTTE. *Cit.*, p. 22.

Es importante preguntarse ¿cómo la pena estatal puede no ser necesaria con fundamento en la pena natural, si esta no cumple fines preventivos? Los fines prospectivos de la pena³⁷⁷, al no verificarse con la pena natural, deben indicar la necesidad del castigo, lo cual explica la postura general de SPROTTE³⁷⁸ en sentido de rechazar la legitimidad de la pena natural, de manera que proceda la imposición de la pena para el cumplimiento efectivo de sus fines.

Pero esta solución choca con el principio de proporcionalidad en sentido amplio que impone la prohibición de exceso en el castigo, y este exceso está delimitado por la *necesidad* de reproche de que habla la tradición anglosajona, es decir la medida del daño que se ocasiona con el castigo, que no puede superar el daño ocasionado con la conducta o la necesidad de reprochar esta³⁷⁹.

De este modo, es imprescindible establecer los elementos de la pena estatal para sostener la relación de suficiencia con el elemento aflictivo. Según JAKOBS, la pena tiene un aspecto fáctico y otro comunicativo: el primero se refiere a la situación de privación personal de derechos del condenado, que se concreta en el refuerzo cognitivo del dolor. De otra parte, el aspecto comunicativo se refiere a la expresión dirigida a la sociedad para reafirmar la vigencia del orden jurídico. Esta división ha servido a BOBADILLA para defender la teoría de la equivalencia funcional de la pena natural con el aspecto fáctico de la pena estatal. Ahora bien, VON HIRSCH afirma que el castigo contiene, de una parte, una censura, que se dirige a la reprobación

³⁷⁷ Estimamos más apropiado llamar los fines preventivos o expresivos como prospectivos, en la medida en que se dirigen al futuro. Cf. HÖRNLE. *Cit.*, p. 26.

³⁷⁸ SPROTTE. *Cit.*

³⁷⁹ VON HIRSCH. *Cit.*

personal del sujeto responsable³⁸⁰, y de otra, un sufrimiento³⁸¹, porque «la censura (por lo menos en algunos contextos sociales³⁸²) no se expresa adecuadamente en términos puramente verbales o simbólicos».

En otras palabras, hay consenso en torno a que los elementos de la pena son la censura y el sufrimiento (sin perjuicio de que se agregue más elementos contingentes, como la resocialización, la prevención de delitos, etc.)³⁸³. La pena natural equivale funcionalmente al sufrimiento, es decir a un elemento de la retribución. En consecuencia, la pena tiene unos elementos necesarios, y la pena natural es suficiente para satisfacer la función de uno de esos elementos: el sufrimiento.

Desde esta perspectiva lógica o analítica, la pena tiene unos elementos esenciales, es decir unos atributos necesarios para identificar el concepto de *pena*. Esta no es solamente la censura, por lo cual no basta con solo reprochar verbalmente un comportamiento para penarlo; requiere además causar un sufrimiento al responsable para expresar el sentido de reproche por la conducta ilícita, lo cual se basa en el presupuesto de que existe la libertad o el libre albedrío.

³⁸⁰ Ibid., p. 35.

³⁸¹ Ibid., p. 36.

³⁸² Pueden existir otros contextos en que el ordenamiento jurídico puede recoger los castigos o hacerlos de manera meramente simbólica. Al respecto del caso de la justicia transicional colombiana, cf. PÉREZ GIRALDO. *La función superadora...*

³⁸³ VON HIRSCH. *Cit.*, p. 40. «La censura y el sufrimiento están interrelacionados en la forma como se estructura el castigo».

Pero este concepto de *necesidad* de pena indica los requisitos para que algo sea pena, es decir la necesidad en términos de estructura o conformación de la pena, mas no en términos de la finalidad o utilidad de esta.

La consecuencia práctica de la pena natural es que el Estado se encuentra impedido para imponer un sufrimiento adicional al ya padecido por el sujeto en la medida en que exceda el criterio de proporcionalidad. En esta idea de proporcionalidad implica, por lo tanto, un concepto de necesidad de la pena, no para justificar su imposición, sino para delimitar lógicamente sus características en el marco la teoría del merecimiento: de este modo, cuanto exceda la necesidad de proporción ya no será pena legítima sino solo una coacción, así como, si carece de un elemento esencial, tampoco puede identificarse como pena.

Ante la imposibilidad legal de imponer sufrimiento adicional al sujeto, se inhibe un elemento de la retribución porque ya se ha satisfecho con la pena natural; sin embargo, esta no sustituye la función aflictiva de la pena para completar una especie de pena compuesta por censura normativa y aflicción fáctica, lo cual sería, desde luego, una aporía, una pena de naturaleza mixta entre lo forense y lo natural. La pena natural satisface la necesidad de sufrimiento en el castigo, pero no se combina con este, sino que impide la configuración de un elemento necesario de la pena. De esta manera la pena natural hace innecesaria la imposición de la pena estatal, en el sentido de que la torna imposible porque no se puede cumplir con el elemento aflictivo de un castigo estatal.

Desde esta perspectiva, puede ser una solución más satisfactoria la de reconocer la pena natural y, como consecuencia, abstenerse de declarar la responsabilidad penal o de condenar por determinado delito; mucho más consecuente con el

principio de tipicidad de las penas que, por ejemplo, declarar la responsabilidad penal y abstenerse de ejecutar el castigo³⁸⁴.

El sentido lógico de la necesidad se deriva de su acepción filosófica, según la cual lo necesario es «Lo que no puede no ser, o que no puede ser»³⁸⁵, en otras palabras: aquello que siempre es o nunca es, pero no puede ser de otro modo. Otro es el sentido instrumental de *necesidad*³⁸⁶, vinculado a los intereses o dependencias del ser humano, acepción que ha sido expresada dentro de la corriente marxista por la socióloga húngara Agnes HELLER³⁸⁷.

Por lo tanto, *necesidad* expresa dos ideas, una causal y otra final, que resultan opuestas o contradictorias *prima facie*, en la medida en que, por un lado, se destaca la imposibilidad de que algo no sea, pero, por otro, se resaltan las relaciones de dependencia, o sea lo que necesita para existir. Esta tensión en la necesidad ha

³⁸⁴ Estimamos, finalmente, que las soluciones jurídicas para un fallo pueden ser más amplias que el binomio condenar/absolver, pudiendo también, por ejemplo, abstenerse de condenar, sin que se exprese con ello el sentido justificante de la absolución. Aunque, en todo caso, estimamos que la solución adecuada es la de absolver de manera directa, no porque se justifique con ello el comportamiento del autor, sino porque, para efectos prácticos, no se configura la totalidad de elementos necesarios para la imposición del castigo estatal, *i. e.*, para la condena.

³⁸⁵ Nicola ABBAGNANO. *Diccionario de filosofía*. (Trad.: Alfredo N. GALLETI). Undécima reimpresión. Fondo de Cultura Económica. México, 1994, p. 843.

³⁸⁶ *Ibid.*, p. 849.

³⁸⁷ Cf. Agnes HELLER. *Teoría de las necesidades en Marx*. Trad. José Francisco IVARS. Ediciones Península. Barcelona, 1978. LA MISMA. *Una revisión de la teoría de las necesidades*. Paidós. Barcelona, 1996.

sido interpretada desde la antigüedad desde la moral, pero también desde la metafísica, y más recientemente, desde la economía y la psicología³⁸⁸.

En el derecho penal, la consecuencia ha sido el establecimiento de la proporcionalidad —vinculada a la retribución— como un elemento necesario de la pena, o sea como requisito para que esta siempre sea, por parte de una corriente que rechaza los fines utilitarios; y, por otra, del impulso de la prevención como criterio de justificación en términos de dependencia de la pena con un fin moral, que se entiende como su necesidad. Pero debe advertirse que estas dos nociones también se tratan como antitéticas, al punto que su unión dio lugar a las teorías mixtas de los fines de la pena defendidas por ROXIN hace unas décadas, pero luego fueron contundentemente atacadas por la doctrina bajo el argumento principal de mezclar fines regresivos con otros progresivos, y la supuesta incompatibilidad teórica de esta unión.

Sin embargo, debe anotarse que, tanto el sentido lógico como el instrumental de necesidad se derivan de la concepción aristotélica de que «es necesario lo que no puede ser de otro modo y lo que, por consiguiente, existe solamente de un modo»³⁸⁹. FERRATER MORA deriva de esta noción (1) la necesidad ideal, que «expresa encadenamiento de ideas» y (2) la necesidad real, que implica «causas y efectos». Pero, en ambos casos, sea la relación de conceptos o de acciones, se trata de lo necesario.

³⁸⁸ Así, por ejemplo, en psicología es ampliamente conocida la teoría de MASLOW sobre la jerarquía de necesidades humanas.

³⁸⁹ José FERRATER MORA. *Diccionario de filosofía*. Quinta edición. Tomo II L-Z. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1965, p. 260.

De acuerdo con lo anterior, la pena natural excluye la necesidad ideal de la pena estatal porque impide la imposición de sufrimiento, y sin este es imposible establecer una pena, porque esta lo contiene y «existe solamente de un modo». Por estos motivos, el criterio de necesidad de pena debe ser visto de acuerdo con su sentido lógico y teleológico, por lo cual no se debe reducir al marco de la prevención, sino también al de la proporcionalidad.

En conclusión, la pena natural es un criterio de necesidad de pena en el marco de la proporcionalidad y los elementos lógicos de la pena. Este aspecto ha sido abandonado por la teoría penal al establecer, de conformidad con las teorías «relativas» de la pena que defienden un criterio único de necesidad real, que la necesidad se debe aplicar en el marco de la prevención, y así, se ha sostenido de manera descuidada que la pena natural es una manifestación de este principio, pero, como se ha demostrado en este capítulo, en realidad la pena natural corresponde a un criterio de necesidad derivado de la proporcionalidad³⁹⁰.

§30. Contenido normativo de la teoría de la necesidad

Los criterios de necesidad impactan en la pena estatal porque la someten a unos requisitos de validez y justicia en virtud de los cuales puede imponerse un castigo a través de la coerción jurídica: de un lado, los requisitos de existencia normativa de la pena, es decir la verificación de los elementos necesarios de la pena estatal de censura y sufrimiento con base en la proporcionalidad; de otro, la justificación o

³⁹⁰ Es probable que el efecto teórico de esta postura unificadora de la necesidad ideal y real conlleve a una propuesta unificadora de la función retributiva con el fin preventivo a partir del análisis del derecho penal en el tiempo, es decir su orientación hacia el delito pasado, la situación presente o el futuro. No obstante, este esfuerzo requeriría, desde luego, un estudio separado.

motivo para imponer la pena en el marco de la prevención y la expresión de la censura. De esta forma se evidencia, en concordancia con los planteamientos de VON HIRSCH, que la censura es el elemento conector entre la legitimación del castigo y la satisfacción de sus elementos mínimos.

En otras palabras, la necesidad implica tanto la proporcionalidad de la pena basada en el merecimiento como el cumplimiento de fines preventivos, es decir que la *necesidad*, en sentido amplio, abarca el merecimiento y la necesidad de prevención.

Es importante notar que las ideas de merecimiento y necesidad de pena³⁹¹ están relacionadas con la estructura dogmática de la responsabilidad penal, en la medida en que el merecimiento recoge el juicio de reproche a la conducta con base en su culpabilidad, siendo el merecimiento funcional a la función limitadora de la culpabilidad. Así también, la proporcionalidad constituye un límite material de la pena, puesto que no basta con señalar que esta es merecida, sino que, para respetar la dignidad de la persona, también debe ser proporcional. La necesidad de la pena, por su parte, contiene los argumentos utilitarios para justificar la imposición efectiva de la pena. En palabras de LUZÓN PEÑA³⁹²: «el merecimiento de pena expresa un juicio global de desvalor sobre el hecho, en la forma de una desaprobación especialmente intensa por concurrir un injusto culpable especialmente grave (injusto penal) que debe acarrear un castigo, mientras que la necesidad de pena presupone el merecimiento de pena y significa que un hecho en

³⁹¹ Cf. Diego Manuel LUZÓN PEÑA. «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito». En: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 46, Fasc/Mes 1, 1993, pp. 21-34. ISSN: 0210-3001.

³⁹² *Ibid.*, p. 22.

sí merecedor de pena además necesita ser penado, ya que en el caso concreto no existe ningún otro medio disponible que sea eficaz y menos aflictivo».

De esta forma, tanto merecimiento como necesidad de pena componen los criterios de legitimidad de la pena, concordantes con los requisitos de validez y justicia de la pena que se han reseñado previamente.

Según JESCHECK y WEIGEND la pena natural corresponde a un problema de necesidad, mas no de merecimiento de pena, lo cual guarda correspondencia con el presupuesto de la pena natural de que se hubiera verificado la configuración de un injusto. Sin embargo, lo anterior no implica que, al verificarse el merecimiento de pena, proceda necesariamente la declaratoria de responsabilidad penal, porque haría falta aún el juicio de la necesidad de la pena, en términos tanto de suficiencia lógica como de legitimidad política (prevención).

La responsabilidad penal tiene por objeto habilitar el ejercicio del poder punitivo a través de un castigo; este, a su vez, implica, como presupuesto lógico, la existencia de un injusto culpable, y requiere, además, verificar la existencia de sus elementos necesarios así como de su finalidad. Por lo tanto, tiene sentido la propuesta de ROXIN de que la necesidad de la pena constituya el último paso dogmático para la determinación de la responsabilidad penal, en la medida en que esta última no se refiere solo a la atribución del delito (en cuyo caso la llamaríamos tan solo «responsabilidad delictual») sino también a la imposición de la pena, es decir que el objeto del juicio penal comprende el juicio de juridicidad tanto del delito como de la pena³⁹³. Por este motivo estimamos que, en ausencia de necesidad de pena, es improcedente declarar la responsabilidad penal porque no habría lugar a la pena y,

³⁹³ Siendo, desde luego, antijurídico el delito, y debiendo ser justa o jurídica la pena.

en esa medida, el objeto de la responsabilidad estaría incompleto. Por lo cual, siguiendo los mismos criterios lógicos que se han expuesto, sería innecesaria la declaratoria de responsabilidad por sustracción de materia ante la exclusión de la pena.

CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES

Al final del estudio, se pueden extraer cuatro tipos de conclusiones:

En primer lugar, la depuración terminológica: la pena natural, como se ha visto, no corresponde propiamente a una pena, sino a una norma jurídica que modula la responsabilidad penal. No es una pena porque esta, con independencia de la teoría que la describa, corresponde necesariamente a un castigo. Dicho de otro modo, la pena estatal no corresponde a una situación indeterminada de derecho abstracto, ni a un simple reproche verbal que reafirme el sentido de lo prohibido, sino que la autorización que la ley da al fallador para juzgar lo vincula a un castigo determinado, *i. e.*, a la tipicidad de las penas, que se refiere ora a la prisión, ora a la multa, pero, en todo caso, a una situación determinada con fundamento en el derecho.

De otra parte, el fallador no está autorizado para crear el castigo a imponer, sino solo de aplicarlo en la «medida» necesaria. Por este motivo, la imposición de un castigo meramente verbal o simbólico, que no está previsto como pena de amonestación en la ley, significa, por un lado, la violación del principio de legalidad y la violación del principio de competencia reglada, por tratarse de la imposición de un castigo, meramente declarativo de responsabilidad, que no está previsto en la ley; y, de otra parte, si este castigo se impone bajo la razón de «comunicar» el sentido prohibido o de «apoyar» comunicativamente el sentido del dolor natural, se estaría incurriendo en la incoherencia de admitir como supuesto de «pena» o «castigo» los hechos de la naturaleza o de terceros que actúen sin la autoridad de la ley.

En consecuencia, la pena natural es un caso de no necesidad de pena. La no necesidad de pena estatal se deriva del reconocimiento de la pena natural como un tipo de sufrimiento relevante para el derecho que equivale funcionalmente al aspecto aflictivo de aquella, esto es, su percepción como un mal para el condenado. De allí se desprende, por un lado, la prohibición de exceso que pesa sobre la

autoridad y que impide la imposición de una pena estatal en casos de pena natural, como la consecuencia lógica de que, en ausencia de la pena, cualquier otro castigo que se imponga sería innecesario en la medida en que no sería una pena válida, es decir, no sería una pena sino una mera coacción.

Desde este punto de vista, la pena natural hace innecesaria la pena estatal ante la imposibilidad de recrear uno de sus elementos necesarios, esto es, el sufrimiento. Sin embargo, esta ausencia de necesidad se vincula al principio de proporcionalidad y, por lo tanto, condiciona el merecimiento de la pena en concreto, así como cuestiona la equivalencia entre el grado de culpabilidad y la magnitud del castigo. Esto implica que la necesidad de la pena no solo debe ser vista en términos de prevención, sino también en el marco de la retribución justa, regida por la proporcionalidad.

Se trata, por tanto, del enfoque de la pena natural como un problema de proporcionalidad en sentido estricto, valga decir, como la imposibilidad de imponer un castigo proporcional, habida cuenta de un hecho aflictivo o doloroso, distinto de la pena estatal (los graves daños derivados al autor o partícipe), que afecta en sentido negativo la necesidad de una pena estatal.

En segundo lugar, el objeto del presente trabajo no conlleva defender una teoría unificadora de los fines y funciones de la pena, sino solo a demostrar de qué manera la pena natural evidencia un sesgo en el derecho penal que limita la necesidad a la prevención, y suele incluir la pena natural en ese razonamiento, a pesar de que esta institución no cumple fines preventivos. En consecuencia, se ha detectado un punto de incongruencia dogmática derivada de la discusión sobre la necesidad en el marco de los fines de la pena, en la medida en que se ha construido un concepto parcial de la necesidad, dirigido a las consecuencias reales, pero en descuido de los presupuestos lógicos de la pena que hacen que no mute en una entidad ilegítima desconocida por el derecho. Desde esta perspectiva, la necesidad hace referencia

también a los elementos esenciales de la pena, entre los que se cuenta la proporcionalidad.

Por lo tanto, la pena natural constituye un límite efectivo al poder punitivo a través de la modulación (atenuación o eximición) de la coerción penal. Es decir que no corresponde a una pena, sino a un evento de ausencia de necesidad de pena con fundamento en la ilegitimidad de exceder la proporción del castigo.

Con todo, el orden jurídico se reafirma no solo con la imposición de la pena legal, sino también con la renuncia a la pena o con la absolución, porque la vigencia del derecho no solo se verifica con la aplicación del tipo penal, sino con todo el ordenamiento jurídico. Inclusive, el análisis exhaustivo que se debe realizar respecto de cada tipo legal, su pena y proporcionalidad antes de reconocer una situación eximente de pena o responsabilidad, representa la vigencia de este tipo en su sentido legítimo: como aplicación racional del poder punitivo, y la renuncia a este cuando no.

En consecuencia, la pena natural resuelve un problema de justicia de la pena estatal a través de la evitación de un castigo ilegítimo. Partiendo de la base de que la pena natural impone una prohibición al poder punitivo, consideramos que la ausencia de necesidad de pena implica la ilegitimidad de imponer cualquier tipo de castigo distinto a la pena por virtud del fallo.

En tercer lugar, la experiencia jurídica enseña que en muchos ordenamientos, como el colombiano, esta institución se ha aplicado, antes del juzgamiento, como un criterio de oportunidad; así también, en la sentencia se puede reconocer los efectos de la pena natural, aunque se suele condenar, es decir declarar la responsabilidad penal, y luego, sin embargo, abstenerse de imponer la pena. Esta última solución es incorrecta en la medida en que la declaratoria de responsabilidad conlleva la expresión del reproche institucionalizado a través de la condena, a pesar de que proceda eximir (o eventualmente, atenuar) la pena estatal. Por este motivo, la

renuncia a la aflicción, pero sosteniendo la censura, implica una división de la pena que la disocia de sus elementos esenciales y, en esa medida, el acto sancionatorio corresponde a una coacción diferente de la pena legítima.

Si no resultara necesario en absoluto aplicar la pena legal, no es procedente tampoco declarar la responsabilidad penal en los eventos en que se argumente reforzar el efecto prohibido del delito o de vigente del derecho penal, por el motivo de que esta condena, así sea meramente simbólica, no se encuentra prevista en la ley como autorización para castigar con la amonestación (haciendo la claridad de que en el ordenamiento jurídico no esté prevista la amonestación como pena alternativa). Esta no es la situación de los ordenamientos legales estudiados, tampoco del colombiano, por lo cual lo racional, es decir lo legítimo es que, si el sentido de las decisiones es abstenerse de imponer la pena, por sustracción de materia tampoco se condene o se declare la responsabilidad penal.

Es evidente que existen esfuerzos legislativos para limitar la aplicación del principio de necesidad de pena. Por ejemplo, la disposición del Código Penal colombiano que limita la necesidad de pena a las instituciones que explícitamente el legislador prevé como procedentes. Pero esto no autoriza a sustraerse de la prohibición de exceso en el castigo, y violar el principio de proporcionalidad. Por lo tanto, la necesidad de la pena es transversal a todo el ordenamiento penal; está ciertamente plasmada en los criterios de *necesidad* y *merecimiento*, pero en cada caso debe ser verificada también.

En cuarto lugar, se puede concluir que se ha identificado que la necesidad puede tener no solo un sentido (preventivo), sino diversos significados: de una parte, se vincula a los elementos necesarios de la pena de tipicidad y proporcionalidad, siendo la «pena natural» un problema de proporcionalidad, sin la cual no resulta necesario y, por lo tanto, legítimo, aplicar un castigo.

Conforme con la terminología alemana que distingue *merecimiento* de *necesidad*, y que se vincula, por otra parte, a la progresión de la responsabilidad penal, habría que decir que la pena natural parte del presupuesto de un injusto culpable, de modo que no se compensa propiamente la culpabilidad, sino la proporción del castigo, resultando, si se quiere, «merecido» el castigo, de conformidad con la ley, pero no resultaría legítimo aplicarlo por proporcionalidad estricta, es decir, valorando los factores concretos, como la pena natural.

Solo de esta manera se puede asegurar la vigencia de un orden, en el que no solo se reafirme la vigencia de la pena a través de su realización o ejecución material, sino también a través de las decisiones de abstención por motivos de proporcionalidad, puesto que en estos casos también se acepta la vigencia de la norma jurídica, pero se refuerza la legitimidad de su vigencia con fundamento en la proporcionalidad que autoriza renunciar al castigo en la justa medida o hasta el justo merecimiento.

Como comentario final, debe resaltarse el sentido práctico del derecho, que consiste en la actividad de decidir cuáles normas deben ser aplicadas por los jueces y cuándo deben ser aplicadas³⁹⁴. El reconocimiento de la pena natural corresponde a un ejercicio de interpretación normativa que atiende a un problema eminentemente de justicia de la pena, que conlleva directamente a valorar la necesidad de castigar. Con esa perspectiva se deben abordar los casos reales.

³⁹⁴ Bix. *Op. cit.*, p. 32

BIBLIOGRAFÍA

ABBAGNANO, Nicola. *Diccionario de filosofía*. (Trad.: Alfredo N. GALLETTI). Undécima reimpresión. Fondo de Cultura Económica. México, 1994.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Trad. Antonio GIMENO CUSPINERA. 2^{da}. reimpresión de la 1^{ra}. edición. Pre-Textos. Valencia, 2006.

AGUDELO, Nodier. *La estructura del delito en el nuevo Código Penal*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2004.

—*Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad*. Editorial Temis. Bogotá, 1982.

ALEMANIA. Corte del Distrito de Colonia. *Sentencia del 16 de mayo de 2012 (número 130955)*. En: <https://openjur.de/u/2199753.html>

ANÓNIMO. *Las mil y una noches*. Tomo I. Trads. Eugenio SANZ DEL VALLE, Luis AGUIRRE PRADO y Alfredo DOMÍNGUEZ. Nauta. Madrid, 1967.

ANSELMO DE CANTERBURY. «Proslogium». Trad. HOPKINS/RICHARSON. En: *Complete Philosophical and Theological Treatises of Anselm of Canterbury*. The Arthur J. Banning Press. Minneapolis, 2000.

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

ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Trad. Salvador RUS RUFINO y Joaquín E. MEABE. Tecnos. Madrid, 2009.

AUSTIN, John L. *Cómo hacer cosas con palabras: palabras y acciones*. Paidós Ibérica. Barcelona, 1990.

AUSTIN, John. *El objeto de la jurisprudencia*. Trad.: Juan Ramón PÁRAMO ARGÜELLES. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal Parte General*. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 1999.

—«Principio de culpabilidad, carácter de autor y “poena naturalis” en el derecho penal actual». En: Enrique BACIGALUPO. *Derecho Penal y el Estado de Derecho*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2005.

BAYÓN, Juan Carlos. «¿Cómo se determina el objeto de la jurisprudencia?». En: Jordi FERRER BELTRÁN, José Juan MORESE y Diego PAPAYANNIS (eds.). *Neutralidad y teoría del derecho*. Marcial Pons. Madrid, 2012.

BERLIN, Isaiah. *Conceptos y categorías*. Fondo de Cultura Económica. México, 1983.

BIX, Brian. «*Natural Law: The Modern Tradition*». En: Jules COLEMAN y Scott SHAPIRO (Eds.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*. Oxford University Press. Nueva York, 2002.

— *Lenguaje, teoría y derecho*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2008.

BOADA ACOSTA, Juan Camilo. «La pena natural en el ordenamiento jurídico colombiano. Comentarios a la sentencia del 6 de agosto de 2019 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, radicado 52750. M.P. Eyder Patiño

Cabrera». En: *Nuevo Foro Penal* (online). Vol. 15, No. 93. 2019, pp. 263-280. En: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/editorial.2_7.pdf.

BOBADILLA BARRA, Carlos. «La “pena natural”: fundamentos, límites y posible aplicación en el derecho chileno». En: *Política criminal* (online). Vol. 11, No. 22. Santiago, 2016, pp. 548-619. En: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992016000200007>.

BONNECASE, Julien. *La escuela de la exégesis en derecho civil*. Trad. José M. CAJICA JR. José M. Cajica, Jr. Editorial. Puebla, 1944.

BOTTKE, Wilfried. «La actual discusión sobre las finalidades de la pena». Trad. Guillermo BENLLOCH PETIT. En: Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (ed.). *Política criminal y nuevo derecho penal (Libro Homenaje a Claus Roxin)*. José María Bosch Editor. Barcelona, 1997, pp. 41-71.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. *Bases críticas de un nuevo derecho penal*. Temis. Bogotá, 1982.

CABALLERO ELBERSCI, Pedro. «Notas introductorias». En: Riccardo GUASTINI. *Otras distinciones*. Trads.: Diego DEI VECCHI, Pedro CABALLERO ELBERSCI y Alejandro CALZETTA. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2014, pp. 13-65.

CALDERÓN ASTETE, Rodrigo y MARTÍNEZ MONTENEGRO, Inés. «Naturaleza y derecho. Pensar lo real más allá de la causalidad y la imputación». En: *Revista de la Facultad de Derecho*. No. 49 (jul-dic, 2020). ISSN: 2301-0665.

CAMUS, Albert. *El mito de Sísifo*. Trad. Luis ECHÁVARRI. Alianza. Madrid, 1996.

CANCIO MELIÁ, Manuel. «Adecuación social». En: Yesid REYES ALVARADO y otros (Eds.). *Lo vivo y lo muerto en la teoría del delito de Hans Welzel*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2022, pp. 123-192.

COLOMBIA, Corte Constitucional de. *Sentencia C-153 del 28 de abril de 1998*. M.P. Eduardo CIFUENTES MUÑOZ.

— Corte Constitucional. *Sentencia C-647 de 2001*. M.P.: Alfredo BELTRÁN SIERRA.

—Corte Suprema de Justicia de. Sala de Casación Penal. *Sentencia del 6 de agosto de 2019 (rad. 52750)*. M.P. Eyder PATIÑO CABRERA.

—Gaceta del Congreso del viernes 23 de abril de 1999. En: *Diario oficial*.

Consejo de Europa. Tribunal europeo de Derechos Humanos. *Guía del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. 2013.

COPLESTON, Frederick. *Grecia y Roma. Historia de la filosofía I*. Trad.: Juan Manuel GARCÍA DE LA MORA. Ariel. Madrid, 2011.

—*De Ockham a Suarez. Historia de la filosofía 3*. Traductor: Juan Carlos GARCÍA. Capítulo XX.

COROMINAS, Joan. *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico. A-CA*. Editorial Gredos. Madrid, 1985.

—*Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*. Gredos. Madrid, 2012 (Reimp. 2020).

COTE-BARCO, Gustavo Emilio. «La necesidad de la pena — reflexiones a partir de los artículos 3º y 4º del Código Penal colombiano». En: *Vniversitas*. No. 114 (jul-dic 2007). ISSN: 0041-9060. Pp. 191-226.

DECKERT, Antje. «Zum Strafwürdigkeitsbegriff im Kontext legislativer Kriminalisierungsentscheidungen im Verfassungsstaat». Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik. 06/13.

DONELSON, Raff. «Natural Punishment». En: *North Carolina Law Review* (online). No. 100. 2022. En: <https://ssrn.com/abstract=3798019>.

DUFF, Antony. *Punishment, communication and community*. Oxford University Press. Oxford, 2001

—«The intrusion of mercy». En: *Ohio ST. J. CRIM. L.* 361, 387n16 (2007).

DYCK, COREY y SASSEN, Brigitte. «18th Century German Philosophy Prior to Kant». En: Edward N. ZALTA (Ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Edición de invierno 2021

DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Harvard University Press, 2006.

ECO, Humberto. «El acertijo del asesino en la puerta». En: *El Espectador*. Bogotá, 18 de febrero de 2012.

ESPAÑA, Tribunal Supremo de. Sala de lo Penal. *Sentencia del 5 de junio de 2008 (STS 307/2008)*. M.P. Enrique BACIGALUPO ZAPATER.

—Tribunal Supremo de. *Sentencia del 27 de diciembre de 2004 (STS1387/2004)*. M.P. GIMÉNEZ GARCÍA.

—STS 575 de 7 de octubre de 2008

—STS 678 de 18 de junio de 2010.

—SSTS 288 de 7 de abril de 2016 (M.P. Monterde)

—SSTS 455 de 21 de junio de 2017 (M.P. Saavedra)

—STS 1387 de 27 de diciembre de 2004 (M.P. Giménez García).

—STS 424 del 27 de abril de 2010 (M.P. MAZA).

—STS 519 de 6 de julio de 2017 (M.P. Varela)

—STS 806 de 30 de abril de 2002, STS 575 del 7 de octubre de 2008 (M.P. Berdugo)

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Trads.: Perfecto Andrés IBÁÑEZ, Alfonso RUIZ MIGUEL, Juan Carlos BAYÓN, Juan TERRADILLOS y Rocío CANTARERO. Editorial Trotta. Madrid, 1989.

FERRATER MORA, José. *Diccionario de filosofía*. Quinta edición. Tomo II L-Z. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1965.

FINNIS, John. «*Natural Law: The Classical Tradition*». En: Jules COLEMAN y Scott SHAPIRO (Eds.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*. Oxford University Press. Nueva York, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Historia de la sexualidad. 1: La voluntad de saber*. 31.^a edición en español. Trad. Ulises GUIÑAZÚ. Siglo Veintiuno Editores. México, 2007.

—*La verdad y las formas jurídicas*. Trad. Enrique LYNCH. Gedisa. México, 1980.

—*Vigilar y castigar*. Trad. Aurelio GARZÓN DEL CAMINO. Siglo Veintiuno Editores. Buenos Aires, 1976.

FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Trads.: Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO. Marcial Pons. Madrid, 2004.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, GUTIÉRREZ DE PIÑERES BOTERO, Carolina y VALLE OÑATE, Rafael (directores). *Opúsculos de neuroantropología filosófica: La materia prima del derecho penal y disciplinario*. Tomo I. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, 2020.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Derecho penal en la Edad Media*. Segunda edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2012.

—*La dogmática jurídica como ciencia del derecho: sus especies penal y disciplinaria. Necesidad, semejanzas y diferencias*. Segunda edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2017.

GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*. Marcial Pons. Madrid, 2015.

GUASTINI, Ricardo. *Otras distinciones*. Trads.: Diego DEI VECHI, Pedro CABALLERO ELBERSKI, Alejandro CALCETA. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2014.

GUIBOURG, Ricardo A.. «Luigi Ferrajoli y el utilitarismo penal reformado». En: *Análisis e derecho*. Dirigida por R. GUASTINI. 1998.

HART, H. L. A. *El concepto de derecho*. Trad. Genaro R. CARRIÓ. Tercera edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2015.

HELLER, Agnes. *Teoría de las necesidades en Marx*. Trad. José Francisco IVARS. Ediciones Península. Barcelona, 1978.

—*Una revisión de la teoría de las necesidades*. Paidós. Barcelona, 1996.

HOBBS, Thomas. *Leviatán o la invención moderna de la razón*. Segunda edición. Trad.: Antonio ESCOHOTADO. Editora Nacional. Madrid, 1980.

HÖRNLE, Tatjana. *Teorías de la pena*. Trad. Nuria PASTOR MUÑOZ. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2015.

IGLESIAS, Juan. *Derecho romano*. 22.^a edición. Ariel Derecho. Madrid, 2014

JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Trads. Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJOÓ SÁNCHEZ. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1996.

—*Sobre la teoría de la pena*. Trad. Manuel CANCIO MELIÁ. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1998

—«El principio de la culpabilidad». En: EL MISMO. *Culpabilidad en derecho penal. Dos cuestiones fundamentales*. Trad. Manuel CANCIO MELIÁ. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003.

— *Derecho Penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Segunda edición. Trads. Joaquín CUELLO Contreras y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO. Marcial Pons, Madrid, 1997.

—*La pena estatal: significado y finalidad*. Trads.: Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJOÓ SÁNCHEZ. Universidad Autónoma de Madrid (inédito).

JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. Volúmenes I y II. Instituto Pacífico. Lima, 2014.

KAFKA, Franz. *El proceso*. Trad. Feliu FORMOSA. Ediciones Nacionales Círculo de Lectores. Bogotá, 1975.

KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. 9.^a ed. Trad. Roberto J. VERGENGO. Editorial Porrúa. México, 1997.

KRIPKE, Saul. *Naming and necessity*. Harvard University Press. Cambridge (MA), 1980, p. 26. Disponible en: <https://archive.org/details/namingnecessity0000krip/page/n5/mode/2up>

LESCH, Heiko. *La función de la pena*. Trad. Javier SÁNCHEZ-VERA. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2000.

LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Código Penal Alemán (StGB). Del 15 de mayo de 1871, con la sexta reforma del 26 de enero de 1998*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1999.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito». En: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 46, Fasc/Mes 1, 1993, pp. 21-34. ISSN: 0210-3001.

MONTEALEGRE, Eduardo y PERDOMO, Jorge. *Funcionalismo y normativismo penal: una introducción a la obra de Günther Jakobs*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2006.

MOORE, Michael. «Causation in the Law». En: Edward N. ZALTA (Ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Edición invierno 2019. En: <https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/causation-law/>
MURPHY-HAMPTON. *Forgiveness and Mercy*. Cambridge University Press. Cambridge, 1988.

ORAZI, Veronica. «La disputa del alma y el cuerpo a la luz de la hermenéutica bíblica». En: *Actas XIII Congreso AIH (Tomo I)*. Centro Virtual Cervantes. En: https://cvc.cervantes.es/literatura/aih/pdf/13/aih_13_1_030.pdf

PÉREZ GIRALDO, Carlos Vicente. *Tres enfoques sobre la coerción: Austin, Hart y Kelsen*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2018.

—«La función superadora del derecho: a propósito de la transición en Colombia». En: *Segundas Jornadas Internacionales de Política y Derecho*. Universidad de Ibagué. Ibagué, 2019.

POKORNY, Julius, *Indogermanisches Etymologisches Woerterbuch*. Disponible en: <https://archive.org/details/indogermanisches02pokouoft/page/350/mode/2up?view=theater>

PUFENDORF, Samuel. *De los deberes del hombre y del ciudadano según la ley natural, en dos libros*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002. 166

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Harvard University Press. Massachusetts, 1999.

ROUSSEAU, Jaques. *El contrato social*. Trad. Leticia HALPERIN DONGUI. Losada. Buenos Aires, 1998.

ROXIN, Claus. «La ciencia jurídico-penal ante las tareas del futuro». En: *La teoría del delito en la discusión actual*. Grijley. Lima, 2007.

—«Sentido y límites de la pena estatal». En: Claus ROXIN. *Problemas básicos del derecho penal*. Trad. Diego Manuel LUZÓN PEÑA. Reus. Madrid, 1976.

—*Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Editorial Reus. Madrid, 1981.

—*Iniciación al derecho penal de hoy*. Publicaciones de Sevilla. 1981.

—*Derecho Penal: parte general*. Tomos I y II. (Trad.: Diego Manuel LUZÓN PEÑA). Civitas. Madrid, 1997.

RUIZ MIGUEL, Alfonso. «Gracia y justicia: el lugar de la clemencia (En torno a la pena natural)». En: *InDret Penal* (online). Vol. 2. 2018, pp. 1-25. En: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/editorial.2_7.pdf.

SCHÜNEMANN, Bernd. «Aporías de la teoría de la pena en la filosofía. Pensamientos sobre Immanuel Kant». En: *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*. Volumen 2. Barcelona, 2008.

SEARLE, John. «How to derive “ought” from “is”? ». En: *The Philosophical Review*. Vol. 73, No. 1 (ene., 1964), pp. 43-58. Duke University Press. En: <https://doi.org/10.2307/2183201>.

SERRANO, Manuel Francisco. *El concepto de pena natural (poena naturalis) en la doctrina y la jurisprudencia penal*. (Tesis de maestría). Universidad Nacional de Quilmes. Bernal, 2021. En: <http://ridaa.unq.edu.ar/handle/20.500.11807/2972>.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. «¿Puede considerarse el remordimiento una 'pœna naturalis'?». En: *InDret Penal* (online). Vol. 2. 2016, pp. 1-3. En: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/editorial.2_7.pdf.

—*En busca del Derecho penal*. B de F. Buenos Aires, 2015.

—*Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho Penal*. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona, 2018.

SÓFOCLES. *Edipo, rey*. Trad.: Fernando Segundo BRIEVA. Editorial Edaf. Lima, 2004.

SPROTTE, Sabrina. *Die pœna naturalis im Straf-und Strafzumessungsrecht*. Peter Lang. Frankfurt, 2013.

URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. *¿Dudar y condenar?: la repercusión de las cargas probatorias dinámicas en la estructura del sistema acusatorio colombiano*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2021.

VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal: parte general*. Comlibros. Bogotá, 2009

VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar*. Trad. Elena LARRAURI. Trotta. Madrid, 1998.

VON LIZST, Franz. *La idea de fin en el derecho penal*. Universidad Autónoma de México. México, 1994

WOOD, Allen W. *Kantian ethics*. Nueva York. Cambridge University Press, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raul, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: parte general*. Segunda edición. Ediar. Buenos Aires, 2002.