



**¿Puede la llamada pena natural, a la luz de la idea de la humanidad, tener repercusiones en la commensuración de la pena judicial?**

TESINA DE LA CARRERA DE DERECHO

*escrita por*

MELISSA NAVARRO VÁSQUEZ

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA, *profesor guía.*

Valparaíso, enero 2022.

# Índice

<b>I. Humanidad y Derecho</b> .....	3
<b>1. El concepto de humanidad en la Antropología filosófica</b> .....	3
1.1. Antecedentes de la Antropología filosófica .....	4
1.2. Antropología filosófica .....	7
1.3. El concepto de lo humano.....	14
<b>2. Humanidad, reconocimiento y ética</b> .....	18
2.1. El papel de la persona en la Ética .....	19
2.2. La lucha por el reconocimiento de Axel Honneth.....	20
<b>3. La humanidad en el Derecho: ¿concepto, principio o idea?</b> .....	23
<b>II. Noción de pena natural</b> .....	28
<b>1. Tratamiento histórico</b> .....	30
<b>2. Escenario actual de la pena natural</b> .....	38
2.1. Pena natural en el Derecho comparado .....	38
2.2. Casos de pena natural en la jurisprudencia chilena .....	41
<b>3. Problemas conceptuales en torno a la institución</b> .....	46
3.1. Extensión de la pena natural.....	49
3.2 La doctrina de la inconmensurabilidad.....	53
<b>III. La pena natural en el sistema del Derecho penal</b> .....	59
<b>1. Pena natural y proceso penal</b> .....	59
<b>2. Pena natural y teoría del delito</b> .....	63

3. Poena naturalis y teoría de la pena.....	70
4. Pena natural e idea de la humanidad.....	75
Conclusión .....	78
Bibliografía .....	81

## **I. Humanidad y Derecho**

El artículo quinto de la Declaración Universal de Derechos Humanos contempla el principio de humanidad de las penas, proscribiendo el sometimiento a torturas y a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. El fundamento de esta prohibición reside en la naturaleza misma de la humanidad, dicho de otra manera, en el hombre y en su congénita —o presupuesta— dignidad se halla la razón por la cual este no debe ser subyugado a una voluntad ajena de forma cruel, inhumana o degradante.

Esta afirmación a nadie resulta extraña, al contrario, es una aseveración absolutamente natural. Nadie razonablemente se cuestionaría que de la naturaleza misma de lo humano se deducen, o se ha acordado que se deducen, algunos deberes de protección y garantía del Estado respecto a sus ciudadanos, e incluso más, de la comunidad internacional respecto de cada persona que compone la misma. Sin embargo, y aunque ha sido utilizada continuamente para la redacción de distintos cuerpos normativos, el concepto de humanidad no deja de ser ambiguo para el entendimiento. El problema de esta incertidumbre se transforma —aunque en ocasiones se ignora— en un problema conceptual dentro del Derecho. ¿Qué implica el principio de humanidad? ¿Se puede hablar propiamente de un principio de humanidad? ¿Puede constituir, más bien, la humanidad en el Derecho una idea o un concepto?

En el siglo pasado Wittgenstein le escribía a Russell “¡pero no puedo ser un lógico antes que un ser humano! Con mucho, lo más importante es ajustar cuentas conmigo mismo” (1979, p. 57). En un sentido similar, este trabajo primero debe ajustar cuentas con lo humano y deslindar su concepto, siendo el objetivo de este primer capítulo desarrollar la humanidad desde la antropología filosófica, de manera que sea posible refractarlo en el Derecho, dilucidando antes de ello, las consecuencias del concepto de lo humano en la ética.

### **1. El concepto de humanidad en la Antropología filosófica**

Qué sea lo humano no es algo sencillo de responder. Tal concepto forma parte de ese cúmulo de abstracciones las cuales, de alguna manera, es posible intuir qué son y a qué se refieren, pero que, al intentar delimitarlo, el concepto se escapa, se torna nebuloso. En la vida cotidiana, a quien se le pregunte qué es lo humano, podrá distinguirlo respecto de una cosa; señalará a una persona y hablará de su humanidad. Así mismo, si se consulta por el “género humano” es probable que una imagen arrije de inmediato a la mente; pero el problema persiste. No es posible responder qué es lo humano de buenas a primeras, o no es posible responder con la misma rapidez con la que se responde qué es una mesa, o qué es una manzana. Contestar qué es aquello que distingue a los humanos, en tanto seres vivos, del resto de las especies, no es una tarea

sencilla, una pregunta de tal importancia inicia un entramado de respuestas de las que nadie está realmente seguro si lo que se caracteriza es una nota propiamente humana.

“El lenguaje —decía Anguita—, cumple una función intelectual, gracias al poder propio de las palabras para designar y perfilar la forma de la realidad frente al sujeto” (2013, p. 202), pero ¿qué realidades está designando y perfilando la palabra *humano*? Pues bien, si es posible distinguir al menos intuitivamente al ser humano respecto del resto de las cosas o entes que se manifiestan en la experiencia, es que se debe ser capaz de dar un concepto que lo defina.

### 1.1. Antecedentes de la Antropología filosófica

La pregunta por el hombre no es nueva. Su estudio es posible situarlo en el siglo V antes de Cristo de la mano de los griegos: tan temprano como en la filosofía presocrática, los sofistas discurrían entorno a lo que les rodeaba. Humberto Giannini cierra esta representación con la idea de “la admiración ante el espectáculo del universo”, esto porque el centro de sus investigaciones se hallaba en encontrar un principio fundamental del cosmos: así para Tales era el agua, para Anaximandro lo infinito y lo indeterminado, para Anaxímenes el aire, y similar caso con el resto de los sofistas quienes buscaban un principio estable<sup>1</sup> (Giannini, 1992, pp. 17 - 22). Y aunque sofistas como Protágoras<sup>2</sup> y Parménides<sup>3</sup> discurrieron sobre el hombre y el ser, fue Sócrates en el diálogo “el primer Alcibiades” quien reflexionó propiamente sobre la naturaleza del hombre, ya que éste lo entendía “como punto de partida del perfeccionamiento moral del hombre” (De Azcárate, 1871, p. 113).

En la primera parte del diálogo, Sócrates y el joven Alcibiades reflexionan en torno lo justo y lo útil, a propósito de la arenga del joven dirigido a los atenienses, concluyendo que justo y útil son lo mismo ya que todo lo justo es honesto, todo lo honesto es bueno y todo lo bueno es útil. En la segunda parte del diálogo, a propósito de la búsqueda a la respuesta del cuidado de la propia persona, Sócrates da significado a lo inscrito en el templo de Delfos dedicado al Dios Apolo, a saber, la frase “conócete a ti mismo”, prescripción que halla su satisfacción respondiendo la pregunta ¿qué constituye el yo o la persona humana? Para Sócrates lo propiamente humano es el alma, y no el cuerpo, ya que el primero solo se sirve del último<sup>4</sup>. Lo

---

<sup>1</sup> A excepción de Heráclito, para quien el principio es precisamente el cambio: “Aun los que se bañan en los mismos ríos, se bañan en diversas aguas. Y, cual vapores, se levantan de lo húmedo de las Almas” (García Bacca, 2012, p. 71).

<sup>2</sup> Conocida es la frase de Protágoras de Abdera “el hombre es la medida de todas las cosas”, que aunque es la única frase que se conserva del pensador, denota una evidente fisonomía antropológica. Los traductores de los diálogos de Platón para la editorial Gredos, expresan en la nota 41 una probable interpretación de este en su diálogo “Protágoras” (Platón, 1985, p. 545).

<sup>3</sup> De Parménides de Elea se hallan sus poemas, en particular su poema ontológico, que versa sobre el ente y el ser: “Un solo mito queda cual camino: el Ente es. / Y en este camino, / Hay muchos, múltiples indicios / de que es el Ente ingénito y es imperecedero, / de la raza de los “todo y solo” / imperturbable e infinito; / ni fue ni será / que de vez es ahora todo, uno y continuo” (García Bacca, 2012: p. 27).

<sup>4</sup> Sócrates, como se ve, adscribe a las teorías dualistas de la naturaleza humana, a saber, el hombre es cuerpo y alma.

propio del alma es la libertad, siendo la verdadera esencia del hombre, constituyéndose como el verdadero objeto de estudio (pp. 133 - 135):

“Sócrates: Lo que dijimos antes, que era preciso, en primer lugar, conocer las esencias de las cosas generalmente hablando, y en lugar de esta esencia absoluta nos hemos detenido a examinar la esencia de una cosa particular, y quizá esto baste, porque no podremos encontrar en nosotros nada más que nuestra alma” (p. 184).

Si en Sócrates se encuentra un punto de partida, en Aristóteles y luego en San Agustín se hallan dos hitos que insertan nuevas categorías al estudio del hombre. Sin negar los invaluable aportes que vinieron después en torno a la reflexión de lo humano, lo planteado por ambos autores inician distintas teorías antropológicas que incluso encuentran cabida hasta en la actualidad, como el entender al hombre como un ser social provisto de lenguaje o la inclusión de la categoría del yo en la reflexión antropológica.

En Aristóteles su concepción del ser humano es posible hallarla preponderantemente en sus libros “La política” y “Acercas del alma”, en los que se razonan distintos aspectos del hombre. En el primer libro, se le da tratamiento al aspecto social del ser humano. El estagirita aclara que el hombre es por naturaleza un animal social (*Politikón zóion*) y esta característica natural se desarrolla con mayor complejidad en el hombre más que en cualquier otra especie, pues, posee la palabra o el lenguaje. Si bien, a los animales también de cierta forma les es posible comunicar determinadas sensaciones, el humano va un paso más allá, porque posee “él sólo, el sentido del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto y de los demás valores” (Aristóteles, 1988, pp. 50 - 51).

Por otro lado, en su tratado del alma, Aristóteles plantea su teoría Hilemórfica. Para el autor, el alma “es la entidad definitoria, esto es, la entidad del cuerpo (...) natural de tal cualidad que posee en sí mismo el principio del movimiento y reposo” (Aristóteles, 1978, p. 169), de esto se deduce que para él todos los seres vivos poseen alma, la diferencia es que no a todos los seres vivos los posibilita a las mismas facultades. En particular, el alma tiene la facultad vegetativa que es la capacidad de nutrirse y crecer —la cual poseen todos los seres vivos—, la sensitiva que es la capacidad de moverse y afectarse por tal movimiento que se relaciona con la “percepción sensible de los órganos sensoriales” (p. 185) —facultad que poseen los animales, incluido el ser humano— y finalmente la facultad intelectual, que consiste en la capacidad de conocer y pensar —capacidad propia del ser humano—.

Tras siete siglos, San Agustín reinicia la reflexión antropológica e instala en el pensamiento filosófico la categoría del yo. Hay que recordar a este respecto que la forma en que está escrito su libro más célebre “Confesiones” es en primera persona, pues cuenta su experiencia religiosa, pero desde su íntima circunstancia. San Agustín relata la historia de su conversión y cómo a través de la búsqueda de respuestas llegó desde las lecturas de Cicerón a los Maniqueos, de los Maniqueos a Plotino y de Plotino y con él, al cristianismo (Giannini, 1992, pp. 114 - 116).

La interrogante que se plantea San Agustín es “¿qué es el hombre que tú piensas ser?” Con un sentido distinto al que se le pudo haber dado anteriormente. Él busca al hombre, el gran misterio, desde la naturaleza (Buber, 1967, pp. 27 - 28). El hombre en San Agustín se presenta como algo contemplativo, porque no es algo que se pueda acceder completamente, y entonces, busca las respuestas desde la fe.

Para el teólogo Dios está en el interior del ser humano. Para acceder a Dios, el hombre se debe conocer a sí mismo, porque entre más se es consciente del funcionamiento humano y lo perfecto de los conceptos que lo circundan, más es posible caer en cuenta de la existencia de Dios. En el interior del hombre habita lo perfecto. Así se describe en el libro X de sus “Confesiones”:

“La verdad es que Tú, Señor, eres quien me juzga, porque, aunque ningún ser humano sabe lo que es propio de los seres humanos excepto el espíritu del ser humano que reside en sí mismo, sin embargo, hay una parte del ser humano que tampoco conoce el espíritu del ser humano que está en sí mismo” (San Agustín, 2010, p. 475)

Después de los trabajos de ambos autores, la reflexión antropocéntrica no se detuvo. Esta evolucionó conforme pasaba el tiempo, pero es en la modernidad el momento histórico en el que se produce un giro relevante en la reflexión antropológica —y se conecta directamente con la escuela de antropología filosófica— con Immanuel Kant y Georg Wilhelm Friedrich Hegel. El primero entiende que la respuesta a la pregunta ¿qué es el hombre? Es la síntesis a todas las preguntas que incumben al interés de su razón. Para Kant el hombre como sujeto cognoscente de la realidad sensible, aunque incapaz de conocer esa realidad “en sí”, sí comparte entre todos los hombres una “estructura a priori” que es la que permite construir el sentido de las cosas, es decir, con el entendimiento se es capaz de representar aquello que “se conoce” en la experiencia sensible y significarla como objeto en toda circunstancia (Giannini, 1992, p. 229). Pues bien, todo aquello que se establece como lo “verdadero” (la conjunción del objeto y el entendimiento), se dice en función de lo que el hombre debe construir como sentido de su realidad, y para ello es imprescindible conocer al sujeto cognoscente, al humano.

Finalmente, con Hegel se produce un giro hacia una dirección histórica y cultural. Para el autor lo esencial del hombre se desarrolla en la historia, es ahí donde el espíritu o lo racional se desenvuelve, sin embargo, con el posterior menosprecio del autor a la historia surgen orientaciones antropológicas que intentan recuperar la dimensión individual y su condición natural (Beorlegui, 2009, p. 309).

## 1.2. Antropología filosófica

La materia que se estudiará a continuación surge a finales del siglo XIX y a inicios del siglo XX a propósito de la pérdida de la confianza en las disciplinas que antes entregaban un piso estable: la metafísica, la ciencia y la historia.

Al respecto, existen innumerables autores y pensadores que reflexionaron en torno a la antropología filosófica, pero con un fin más bien ordenador, se desarrollarán los planteamientos de Max Scheler, Helmut Plessner y Arnold Gehlen, que entregan tres enfoques distintos sobre el tema. En todos ellos se puede hallar un fuerte componente de las ciencias biológicas, siendo los primeros inauguradores de la primera escuela de antropología filosófica y el último perteneciente a la segunda generación de esta. Se trata de propuestas integradoras del hombre en su dimensión biológica y metafísica, lo que permite materializarlo en la realidad concreta.

Para los fines de este trabajo, que a fin de cuentas busca resolver un problema jurídico, se requiere entregar un concepto que le sea útil. En esto se halla una luz en Zaffaroni, pues para él la premisa básica del derecho penal humano se encuentra en la síntesis de los Derechos Humanos, a saber, todo ser humano es persona. El “humano” de tales Derechos es un dato óntico-biológico, y por tanto, no debe ser buscado dentro de la creación jurídica, sino que en las otras disciplinas (las ciencias, la moral, etc.), para que posteriormente el Derecho, a través de aquellos datos, pueda construir su concepto de persona (Zaffaroni, 2016, pp. 81 - 84).

Si la búsqueda de lo humano o la humanidad se contentara con una pura idea, bastaría con quedarse con la noción de hombre del imperativo categórico de Kant<sup>5</sup>, sin embargo, para este estudio el hombre va más allá, es idea, pero también tiene una base concreta que es lo que permite, a través de la vista, reconocerse en el otro y entablar una semejanza que posibilita la base de una fundamentación ética, y por tanto jurídica, transversal —o al menos a eso se aspira— en el vivir.

### 1.2.1. Max Scheler

Para reflexionar en torno a Scheler, hay que tener en cuenta que el libro “El puesto del hombre en el cosmos” es un resumen de su propuesta antropológica. Sería en un libro posterior titulado “Antropología Filosófica” en el que desarrollaría completamente su teoría, sin embargo, murió súbitamente antes de su publicación.

Lo primero que plantea Scheler (2003, pp. 27 - 31), y con lo que formulará el objetivo de su estudio, se refiere a que existen tres formas de ideas de ver al hombre: una teológica, relacionada con la idea de paraíso de Adán y Eva del Génesis; una filosófica, cuyo centro es la

---

<sup>5</sup> Aunque, a momentos, es posible sospechar que efectivamente el concepto de hombre como fin en sí mismo, debido a su naturaleza racional, ha preponderado en el discurso jurídico. Las veces en que se ha citado a Kant (incluido este estudio) para fundamentar o prohibir determinados preceptos jurídicos son incontables.

consciencia de sí mismo y el desarrollo del lenguaje; y una concepción científica, que establece diferencias graduales del hombre respecto del resto de las especies. En concepto de Scheler, estas tres formas de pensar al hombre, por sí solas, no son un modo adecuado de acercarse al problema, porque que no se tocan entre sí. Por lo mismo, se propone dilucidar la esencia del ser humano en su relación con el resto de los seres vivos y su singular puesto metafísico, valiéndose de un concepto esencial, en la que el hombre se opone rigurosamente al animal.

Antes de iniciar el tratamiento propiamente tal de los seres psicofísicos, hay que considerar que en Scheler se halla el concepto de “energía”, que se refiere a un flujo, a una fuerza que se tiene por el hecho de estar vivos.

El método que utiliza Scheler (pp. 32 - 35) para dilucidar tal incógnita es a través de la estructura total del mundo biopsíquico, ya que lo psíquico coincide con el límite de la vida. El primer grado o el grado ínfimo corresponde al impulso afectivo, en el cual aún no se hace distinguible el “instinto” y el “sentimiento”; aquello se identifica en las plantas o en la vida vegetativa; por el simple hecho de reaccionar. De la existencia de esa interacción con el medio, se entiende que la planta tiene un núcleo radicalmente distinto del resto de los seres inorgánicos. En la planta hay una evolución psíquica, hay una orientación al interior de ella que la mueve, por ejemplo, a buscar la luz. Sin embargo, aunque las plantas tienen esta energía y un entorno con el cual orientarse, el reino vegetal presenta una deficiencia respecto del resto de los seres, pues la planta posee una direccionalidad específica y determinada, se encierra en su entorno sin la posibilidad de tener determinada movilidad autónoma, que es algo que sí se asocia a los hombres y a los animales.

En el segundo grado del ser psicofísico, se halla el instinto (que ya se puede identificar con el animal). Scheler (pp. 39 - 42) reconoce que la palabra es ambigua, por lo que, para evitar una explicación enteramente psicológica o fisiológica, la definirá por la conducta del ser vivo. En este sentido, él preferirá relacionarlo con determinados conceptos. En primer lugar, hablará del sentido, que no necesariamente se refiere solo al presente, sino que también, a la consciencia de futuro, Scheler cita el ejemplo del animal que debe hibernar, y por tanto, debe buscar alimento porque tiene un sentido de futuro, pues este requerirá ese alimento para aquel momento en que ya no sea posible físicamente su consecución. En segundo lugar, hablará del ritmo, que se refiere a aquellos actos adquiridos por la asociación entre seres. En tercer lugar, caracterizará la conducta como aquella que solo responde a un sentido de sobrevivencia, más no a la búsqueda de las experiencias significativas del individuo, y de ello se deducen dos principios: el del hábito y el del intelecto. Finalmente, se caracteriza por ser innato y hereditario, es decir, el animal sabe de antemano qué debe hacer para conservar su especie, que la ejecución sea más o menos eficiente es variable, pero la acción originaria de cazar es permanente, y siempre al servicio de la especie.

De la conducta habitual que brota del instinto, se deduce la facultad de la memoria asociativa<sup>6</sup> facultades que poseen tanto los animales, como los humanos. Ya se especificaba anteriormente, que es un supuesto del instinto que el ser vivo tenga movilidad, sin embargo, que de aquella movilidad, el animal prefiera aquellos actos que lo han llevado al éxito por encima de aquellos que lo han llevado al fracaso, constituye el principio de la prueba y el error. En cierto grado, todos los animales poseen el principio de la memoria, consecuencia de la capacidad de separar el sistema sensorial y motor, sin embargo, esta no actuará de la misma manera en todos los animales, sino que, en los animales con organización poco rígida como los mamíferos y los invertebrados se revelará de forma más evidente. Desde que aparece este principio, se unirá con la imitación en un sentido de especialización, de repetición; representa el motor de la memoria reproductiva y la unión de ambos fenómenos permite la tradición (pp. 45 - 52).

El último grado del ser psicofísico es la inteligencia práctica, perteneciente a los animales superiores, que se liga a la facultad de elegir entre bienes y seres de su misma especie. Una conducta inteligente para Scheler es aquella conducta que tiene sentido, es decir, por un lado, se distingue la prosecución de un fin (aun cuando no lo consigue) y, por otro lado, se puede manifestar una anticipación ante lo nuevo y responder de súbito frente a esa situación. Este capítulo da un giro a lo que tradicionalmente se había entendido como la diferencia entre el hombre y el resto de las especies (la racionalidad), ya que el autor le reconoce al animal la capacidad de resolver situaciones no previstas, reaccionar de súbito y utilizar cosas de instrumento que revelan determinados grados de abstracción (pp. 55 - 57).

Tanto los animales como los humanos se incluyen dentro de los cuatro grados del ser psicofísico, pero Scheler distingue al hombre con algo ajeno a la vida, o más bien, algo que lo supera, porque aquello que lo diferencia es un fundamento supremo que comprende la razón (como afirmaron los griegos), pero también una clase de intuición. A este fundamento lo llama espíritu (*Geist*) (pp. 60 - 61).

“Nosotros preferimos emplear, para designar esta X una palabra más comprensiva, una palabra que comprende el concepto de la razón, pero que, junto al pensar ideas comprende también una determinada intuición, la intuición de los fenómenos primarios o esencias, y además una determinada clase de actos emocionales y volitivos que aún hemos de caracterizar: por ejemplo, la bondad, el amor, el arrepentimiento, la veneración, etc. Esa palabra es espíritu.” (p. 61).

El espíritu, entonces, se constituye como la libertad frente a la vida y su inteligencia impulsiva, dando la posibilidad de distanciarse respecto de los apetitos, pulsiones y emociones. Aparejada a la espiritualidad arriba la capacidad de objetivar; el hombre rompe el nexo entre

---

<sup>6</sup> Algo similar -como menciona Scheler- también se puede leer en Aristóteles: “Los animales reciben de la naturaleza la facultad de conocer por los sentidos. Pero este conocimiento en uno no produce la memoria; al paso que en otros la produce. Y así los primeros son simplemente inteligentes; y los otros son más capaces de aprender que los que no tienen la capacidad de acordarse” (Aristóteles, 2011, p. 5).

estímulo y respuesta del animal, pudiendo el primero tener una orientación del mundo. Esto genera una diferencia entre hombre y animal; este último vive en *un medio* debido a su estructura fisiológica que se ajusta a sus apetitos e impulsos, manteniendo una relación recíproca con el mismo, de tal modo que, si el animal modifica el medio, esto generará una modificación en el animal. En cambio, el hombre vive en *un mundo* pues al objetivar, libera sus apetitos e impulsos, y con su subsecuente capacidad de modificar lo objetivado, se le habilita una apertura frente al mundo<sup>7</sup>. La objetividad, por tanto, es la categoría más formal del lado lógico del espíritu, se relaciona a cómo el hombre se vincula con las cosas de su entorno, de su conducta, de sus impulsos. Gracias al espíritu el hombre se adueña de sí mismo en un sentido de autoconsciencia y con ello se amplían las posibilidades de su conducta; y aquello es algo que no existe en los animales. Otra consecuencia de la objetivación es la capacidad del hombre de pensar el tiempo, por eso el hombre se aburre o se pone ansioso, porque tiene noción del tiempo y le es posible imaginarse como posicionalidad en él, se puede representar en un punto de él, pero además puede imaginarse situaciones ficticias. Los animales pueden tener vivencias en un momento y espacio determinado, pero no lo relacionan con las experiencias, ni con las emociones. Ellos no tienen noción “del mañana” (pp. 61 – 70)<sup>8</sup>.

El espíritu permite objetivar, pero no puede objetivarse a sí porque no se presenta, no comparece, no se puede desdoblar como lo puede hacer el hombre al reconocerse a sí mismo, solo es posible intuir y dar cuenta que es parte de lo humano. Por ello, al hombre no es posible estudiarlo como una cosa de forma enteramente biológica, porque de realizar un estudio de tales características, no se encontraría la persona de alguien, ni se podría saber las interpretaciones de lo que le pasa. En el hombre hay una especie de correalización, que permite el fenómeno de la simpatía<sup>9</sup>. Todas estas notas del espíritu en la persona dotan de sentido y dirección al hombre (p. 74 - 76).

Ya explicado el espíritu y sus peculiaridades, para finalizar, el hombre de Scheler es la dialéctica de sus dos dimensiones: una dimensión biológica, en la que reside aquella energía, las pulsiones, los apetitos e instintos, y la dimensión del espíritu, que redirige y objetiva esa energía, y al mismo tiempo armoniza ambas dimensiones.

### 1.2.2. Helmut Plessner

Plessner, que es posterior a Scheler, planteará dos conceptos centrales: la posicionalidad, que es la que permite distinguir a los seres vivos de los no vivos; y la exterioridad, que es el

---

<sup>7</sup> Similar teoría es posible encontrar en Heidegger al designar que el hombre vive en el mundo (*Welt*) mientras que el animal habita un entorno (*Umwelt*), ya que el humano puede dar significación y configurar a lo que le rodea, y el animal no, él está arrojado o más bien (para no confundir términos heideggerianos), está limitado por su hábitat y sus facultades (Heidegger, 2007, pp. 235 - 246).

<sup>8</sup> Esto será matizado posteriormente con los nuevos descubrimientos etológicos.

<sup>9</sup> Punto que se desarrolla en su libro “Esencias y formas de la simpatía”, en particular sobre este punto el acápite VI del punto A, y el punto C (Scheler, 1957). Se cree que esta tendencia por el reconocimiento del otro puede hallar origen en la quinta meditación del libro de Husserl “Meditaciones Cartesianas” (Husserl, 1987).

concepto que posibilita diferenciar al humano del resto de los seres psicofísicos. Al igual que el autor anterior, también se distinguirá al hombre del resto de los seres para determinar su particularidad y su lugar en el mundo.

La posicionalidad determina la estructura fundamental de los seres vivos, cuestión que los distingue de los seres no vivos. Esto porque los últimos no determinan su posición en el mundo, sino que están determinados por factores exteriores. Por ejemplo, el aire no decide donde airear, a diferencia de los seres vivos cuya posición es resultado del lugar exigido por su estructura interior: pero de la posicionalidad también se determina el modo de estar en ella, que es lo que distingue a los seres psicofísicos entre sí. Las plantas o la vida vegetativa, al igual que en Scheler, constituyen el grado ínfimo. Para Plessner estos tienen una posicionalidad de postura céntrica, pues tienen una organización abierta, lo que significa que su entorno es su mundo, la vida vegetativa no tiene más comunicación que aquello que lo circunda, es todo osmosis. Por otro lado, su existencia en el mundo es inmediata, la planta nace y sus raíces se encajan inmediatamente en la tierra. El segundo grado corresponde a los animales, pues poseen una organización cerrada, ya que se les puede distinguir frente al mundo al tener capacidad de movilidad autónoma. Sin embargo, esa autonomía no supone conciencia de sí mismo como los humanos, los animales no tienen reflexividad (Beorlegui, 2009, pp. 378 - 379).

Pues bien, ni las plantas, ni los animales se saben sujetos de una relación. No se cuestionan su lugar en el mundo. Por ello Plessner les imprime una posicionalidad céntrica, los humanos tendrán una posicionalidad excéntrica.

La excentricidad del ser humano se explica por la posesión de tres rasgos que se deducen de la capacidad lingüística del mismo. Que sea lingüístico significa que tiene la facultad de decir algo, y con ello de abstracción, porque si es capaz de decir o de hablar, es capaz de generar conceptos, a diferencia de los animales que no poseen lenguaje. Aunque el animal tiene la facultad de comunicarse entre los de su misma especie, tal comunicación no es conceptual, no tiene palabras, al menos hasta donde se sabe y se puede entender. A diferencia de Gehlen, como se verá, para Plessner el lenguaje no es un concepto biológico, sino que es una capacidad humana vinculada con el intelecto, que faculta el poder comprender y formular ideas. La verbalización permite además la objetivación y una universalidad en aquello que se habla. Por ejemplo, se puede estar hablando del mar sin estar en la playa, sin tener que ver a qué se designa como mar, liberando al hombre de la situación concreta. De la capacidad lingüística del hombre deducirá su primer rasgo propiamente humano que es la reflexividad (Vásquez Luna, 2020, pp. 152 - 154).

De la reflexividad surgirán otros dos rasgos, la interioridad y la exterioridad. El primero se refiere a esta capacidad del hombre de reflexionar en torno a sí, de autoconciencia (Plessner lo denominó con la palabra compuesta en alemán "*ichhaftigkeit*" traducida como "*yoidad*"). La interioridad, por un lado, le permitirá al hombre desdoblarse y distinguir el cuerpo de su propia conciencia, y por otro lado, va a traer la reflexión respecto de la otredad; el hombre es autoconsciente de sí, pero también puede reconocer su "*yoidad*" en el otro. Esta interioridad del

humano habilita que, a diferencia de los animales, el hombre en primer lugar pueda reconocer su reflejo, reconocerse a sí mismo, pero también lo habilita a generar lazos afectivos, debido a esta reciprocidad en la “yoídad”. La exterioridad le da la capacidad de tomar distancia de sí e instrumentalizar su propio cuerpo para operar sobre él. Por eso se le llama exterioridad, porque el hombre puede pararse en una posición distinta de sí, pudiendo hacerse de aquellas herramientas que requiere por carencias propias de su cuerpo. Por ejemplo, construir una caña para pescar, lo que es imposible para el animal (pp. 156 - 160).

Es posible darse cuenta en este punto que de Scheler a Plessner se ha corrido un cerco, y es que mientras en el primero existía una conceptualización bidimensional del hombre, conjugando lo biológico y la metafísica, con Plessner hay un pequeño giro. Para el último autor la distinción entre lo vivo y lo no vivo se da por la posicionalidad, una relación empírica entre el ser y su entorno. Se dice pequeño giro, porque no será tan radical como Gehlen, en Plessner aún es posible reconocer determinados conceptos metafísicos (como el “yoísmo”) vinculados con el rasgo de la interioridad.

### **1.2.3. Arnold Gehlen**

Finalmente, el último autor que se revisará en este acápite sobre la filosofía antropológica será Arnold Gehlen, y con él, el giro a lo biológico es evidente. El filósofo lipsiense intentará fundamentar al hombre de la forma más científica posible, como si se tratase de un objeto cuyo estudio se puede hacer de forma enteramente empírica, de modo que rechazará cualquier intento de razonamiento *a priori* del ser humano.

Gehlen inicia su investigación cuestionando esa virtual superioridad humana debido a su constitución morfológica, y es bastante exacto en esto, la adaptación de las demás especies a los distintos ambientes ha sido notoriamente más especializada que la del ser humano; el animal se mantiene en innumerables condiciones sin necesidad de nada más que sí mismo. Pues bien, el filósofo enumerará dos características del hombre; en primer lugar, caracteriza al humano como un ser deficiente o carente frente al mundo. A diferencia de los animales, el hombre no tiene un pelaje que lo protege de la intemperie, no tiene una dentadura con aquellos colmillos salientes que le facilite la caza, sus manos no le sirven para algo más que tomar cosas (a diferencia de otros animales que pueden trepar), en conclusión, el hombre es un animal deficiente y evolutivamente un punto de partida a la especialización. Eso sumado a lo moroso del desarrollo humano, que se explica con el proceso de crecimiento; una persona al nacer no será independiente sino cuando alcance el desarrollo pleno, que le permita ser autónomo y valerse de sus propias herramientas. Esto incluso se refleja en la reproducción humana, que no se desarrolla sino a los 12 o 13 años después de nacer. Todas esas cuestiones no se ven en el animal, cuyo proceso de existencia es mucho más raudo, y sus herramientas para afrontar al mundo mucho más eficaces (Gehlen, 1993, pp. 63 - 64).

En segundo lugar, el hombre es un ser cultural, y esto es consecuencia de su misma deficiencia biológica. El hombre de alguna forma, a lo largo de la historia, ha logrado vivir en este mundo y en lugares de las más variopintas circunstancias, ya sea el calor extremo, el frío o la humedad excesiva. La pregunta que se genera entonces es, ¿cómo lo ha logrado cuando es una especie deficiente? Y la respuesta está en esta segunda naturaleza que se le denomina “esfera cultural”. Para el autor es esta la que permite al hombre modificar el mundo para su sobrevivencia, lo que le permite planificar y prever, a diferencia del animal cuya actuación es en un solo plano y siempre intuitiva. Gehlen, para evitar cualquier metafísica o *concepto a priori*, explica que la cultura es eminentemente un concepto biológico, y que responde a la especialización orgánica que hace el hombre de su ambiente en específico, y por ello, al ser una especialización de una técnica cuyos recursos son materiales y mentales, su límite es técnico y no natural, es decir, el hombre va a modificar esta cultura a medida de lo que necesite y requiera, siempre y cuando tenga la técnica y los recursos suficientes para hacerlo. (pp. 64 - 65)

Ambas características representan un desvío absoluto de lo que se venía planteando, pero en alguna medida mantiene determinadas estructuras. Esto porque Gehlen baja de este pedestal al hombre, al que la filosofía tradicional posicionaba debido a su racionalidad (un concepto *a priori* para el autor) o de su mayor inteligencia, y muy por el contrario, niega esta posibilidad y establece que el hombre, a diferencia del resto de las especies, se edifica en el mundo como un ser desprovisto, un ser que no puede valerse por sí mismo. Pero es el segundo punto el que puede llamar la atención, a propósito del planteamiento heideggeriano que se ha mencionado en las notas precedentes, respecto al entorno (*Umwelt*) que viven los animales y el mundo (*Welt*) en el que viven los hombres. Pareciese que Gehlen tomase aquello e invirtiera el argumento. El hombre sigue siendo capaz de vivir en dos planos, pero a diferencia de Heidegger, cuyo argumento es eminentemente ontológico, Gehlen lo explica desde una directriz biológica, es decir, mientras que para el primero el hombre vive en dos mundos por su capacidad de modificar el entorno, algo que le es espontáneo, para el segundo autor mencionado, el hombre viviría un mundo porque lo necesita para su sobrevivencia<sup>10</sup>.

De estos dos rasgos caracterizados por el autor, se le deducen dos consecuencias. En primer lugar, se concluye que el humano es un ser activo. Esto porque el hombre debe inminentemente actuar y desarrollarse motrizmente para poder crear esta segunda naturaleza para su sobrevivencia, siendo esta cultura un producto necesario de la actividad humana. Y en segundo lugar, Gehlen abarca todo aquello que se ha explicado respecto a la creación de este segundo mundo, de esta esfera cultural, en lo que él denomina “proceso de descarga”, y es este proceso el que permite que, finalmente, el hombre pueda acceder al lenguaje, que también comprenderá de una manera biológica, pues entiende que es movimiento, un acto “fonomotor”. El lenguaje genera un “mundo intermedio”, porque al generar el estímulo lingüístico y su respuesta, se crean símbolos que van a mediar entre la realidad y la posición del hombre. Esto

---

<sup>10</sup> Para un estudio más profundo acerca de las relaciones entre Heidegger y Gehlen, se puede leer el artículo de Antonio Firenze, ¿“Lacking what? On the Welt-Umwelt dichotomy in Heidegger and Gehlen” (Firenze, 2019).

va a permitir que el ser humano pueda designar las cosas que lo rodean, transformando aquel movimiento y sonido en un acto sensible. Tal transformación se irá sofisticando, logrando comprender el mundo de forma más integral. Aquello traerá como corolario la capacidad humana de situarse en el tiempo, es decir, de poder referirse al pasado, al presente y al futuro, generando el pensamiento visual e imaginativo, que logra la facultad de planificarse y orientarse de forma inteligente hacia el futuro; el hombre ya no ve en la piedra la misma piedra; ve un instrumento útil para su vivir. (pp. 66 - 70)

### 1.3. El concepto de lo humano

Al inicio de esta investigación se manifestó lo complicado que es llegar a un concepto de lo humano o a aquella nota distintiva de lo humano. El punto ha sido reflexionado desde que se inició la filosofía y probablemente se siga discutiendo hasta que terminen los días de la humanidad. Se han revisado los tres exponentes más importantes o insignes de la antropología filosófica, que de cierta manera entregan tres perspectivas, aunque relacionadas, distintas entre sí.

En Gehlen se caracterizó un hombre deficiente, que por cuya deficiencia se genera un segundo mundo que él denomina esfera cultural. Para él, esta esfera cultural es biológica, al igual que las consecuencias de ambas características (el ser activo y el proceso de descarga). Sin embargo, es difícil mantener que aquel mundo que se vive sea un fenómeno meramente biológico, pero más que eso, es imposible mantener que este segundo mundo, en el cuales los seres humanos habitan, se edifique por la sola sobrevivencia, excluyendo todo aquello que se realiza para la experiencia íntima, el simple disfrute o la satisfacción de emocionalidades. Un estudio puramente biológico no le hace justicia a aquello que es el hombre en toda su dimensión unitaria.

Respecto a Plessner y Scheler, es posible encontrar más similitudes que las que se podrían hallar en Gehlen, pero en particular ambos distinguen lo vivo de lo no vivo, a partir del núcleo interior en Scheler y de la posicionalidad en Plessner. Diferencia la vida vegetativa, a los animales y al humano, y los dividen en niveles; en Scheler dependiendo del grado psicofísico y en Plessner depende de la apertura al mundo. Es en el rasgo propiamente humano donde es posible encontrar una diferencia más grande, ya que Scheler establece que lo humano es el espíritu que orienta el mundo y lo objetiva. En Plessner, en cambio, es este rasgo de la excentricidad producto de su capacidad lingüística la que permite tener similares facultades a las entregadas por el espíritu scheleriano.

Sin embargo, no hay que olvidar que estas teorías fueron planteadas a inicios del siglo XX, y de ese tiempo hasta aquí, los descubrimientos científicos no han permanecido invariables, en especial a nivel biológico y etológico. Por ejemplo, respecto a la distinción de lo vivo y lo no vivo, en 1973 y de la mano de los autores Humberto Maturana y Francisco Varela, aparecerá el concepto *autopoiesis*. Lo que para Scheler era un núcleo o fuerza interna y lo que para Plessner

estaba dado por la posicionalidad, es en realidad la capacidad de crearse o producirse a sí mismo. Los seres vivos son seres cuya organización es circular. Tal organización constituye su identidad, que produce una red de producción metabólica, y en consecuencia, genera una membrana, que al mismo tiempo posibilita esta misma red, denotando aquella circularidad que posibilita la autoproducción, es decir la *autopoiesis* (Varela, 2018, p. 33). Explicado de una forma más ilustrativa, es posible dar cuenta que la planta es un ser vivo en el hecho de que si se le corta una hoja o el tallo dejando solo la raíz, la planta podrá regenerarse a sí misma; el animal y de una forma similar el humano, si se hace una herida o si se hace una fisura en la piel, al tiempo ésta cerrará y la piel se volverá a regenerar. Esta es la organización mínima de lo vivo.

Por otro lado, la etología ha ido demostrando que determinadas especies están más cerca del humano en su forma de ser humano de lo que se pensaba, sobre todo en determinadas formas de relacionarse. Konrad Lorenz (2005, pp. 260 - 262) en uno de sus libros escribe que, si un ente absolutamente ajeno a la Tierra mirara al planeta a través de un telescopio no tan grande como para seguir individualmente la vida humana, pero lo suficiente para poder ver los distintos acontecimientos importantes como las migraciones, guerras, etc., difícilmente se podría creer que es la razón la que guía el quehacer humano; desde las distintas batallas que se han librado por el control de algún pueblo, hasta los conflictos políticos entre dos partidos con proyectos similares. No se entiende cómo algo tan perjudicial para el humano y que genera tanto sufrimiento sea pasado como algo propio de la naturaleza humana. Para el autor esto responde a que el comportamiento social humano no está dictado únicamente por la razón, sino que también por aquellas leyes por las que se rige el comportamiento filogenético<sup>11</sup>. Para el autor, la sociedad humana mirada desde lejos y sin el sesgo de lo que se ha dicho por siglos de su propia naturaleza, es posible paragonarla con la sociedad de las ratas, son amigables con los integrantes de su misma tribu, pero su actitud cambia al estar frente a otro ratón que no sea de su misma tribu. El problema es que la sociedad humana tiene más medios de destrucción de sí misma a diferencia de las ratas, lo que no augura un futuro muy feliz.

Para no alargar demasiado este punto, un ejemplo (entre muchos otros) revelador de la similitud entre conductas humanas y animales está dado por la formación de los vínculos. Irenäus Eibl-Eibesfeldt (1972, pp. 111 - 120) al hablar de las pulsiones vinculatorias, menciona dos causas de sociabilidad en los vertebrados: la primera es la búsqueda de protección. Es así como el pez gregario cuando se pierde de su cardumen entra en pánico, y este solo logra alivianarse al momento que vuelve a su lugar en el mismo. La segunda causa es la pulsión de cuidado de la prole, lo que liga a los padres y sus hijos (aunque también pudiese tratarse de un menor de la

---

<sup>11</sup> En este sentido, para Humberto Maturana, lo que se reconoce cotidianamente como racional es a raíz de lo que se construye respetando las lógicas del razonar, y por esto mismo es independiente del argumento que se trate. Sin embargo, que el receptor de un discurso o explicaciones prefiera uno u otro depende de sus preferencias del momento, de su fluir emocional actual (Maturana, 2006, p. 100). Es por esto mismo, de hecho, que existe una diversidad tan variable respecto de un mismo tema, si fuese únicamente la racionalidad excluyendo la emocionalidad, esta diversidad probablemente no existiría, o si existiese, nadie podría plegarse a una u otra opinión porque serían todas igualmente racionales. Aclarado lo anterior, es útil recordar para lo que sigue en torno a la reflexión etológica que “el emocionar humano tiene su origen en el emocionar de los mamíferos y de los primates” (p. 91).

prole con alguien de mayor jerarquía de no estar alguno de los padres). Son estos últimos los que forman grupos exclusivos, y la madre —usualmente— tiene la capacidad de identificar e individualizar a su hijo respecto del resto de sus congéneres. Para el autor, estas son las causas por las cuales los animales vertebrados se asocian, pero se pone el acento en aquella referida al amor, que nace de la individualización y el cuidado de los hijos.

Pues bien, si el camino para encontrar un concepto de lo humano ha sido tortuoso, los nuevos descubrimientos etológicos hacen más borroso el camino, ni el comportamiento humano es tan racional como se ha predicado, y la manera de formar sus primeros vínculos (los materno-infantil) no es tan distinta al del animal, ya que ambos individualizan al resto de seres que pertenecen a su prole. Sin embargo, aún es posible mantener que lo propiamente humano es el lenguaje. Con todo, ninguna otra especie tiene esta capacidad lingüística que sí posee el humano. Pero decir que el lenguaje es la nota distintiva del humano y terminar ahí es injusto con el proceso y las condiciones necesarias que se conjugaron para el origen del lenguaje.

Maturana y Varela a fines del siglo pasado y a inicios del presente, Rousseau mucho antes en el siglo XVIII y Wilhelm von Humboldt un siglo después, plantearon el lenguaje como la nota distintiva humana, proveniente del reconocimiento entre semejantes y sus espontáneas emociones. Para Maturana el linaje homínido al que pertenece el humano surge a partir del lenguaje, pero para que se produzca, fueron necesarias determinadas condiciones. Es así como “la conservación de un modo de vivir particular cuando en el compartir alimentos, en la colaboración de machos y hembras en la crianza de niños, en el encuentro sensual individualizado recurrente y en el conversar” (Maturana Romesín, 2006, p. 90) se constituye como el entorno necesario para la generación del lenguaje, pero yendo más profundo aún, el hecho de que sea la vida colaborativa la que permite el lenguaje se debe a que al centro de este modo de vida se halla el amor.

Dicho de otra manera, el humano tiene una herencia lingüística que surge del acoplamiento de un grupo social, esa herencia es común a todos los seres humanos, y por ello el mundo presenta determinadas regularidades que es entendida de una forma común a todos los humanos. Comprender lo anterior conlleva una ética en que se amarran los seres humanos entre sí y se legitima la existencia del otro, por el hecho de que no se es humano sin lenguaje, y no se posee lenguaje sin la convivencia con el otro o los otros. Teniendo así dos funciones el lenguaje por las regularidades del acoplamiento estructural social humano; por un lado, se construye la identidad individual, y por otro lado, la expansión a una visión más abarcadora, que lleva a mirar al otro como igual (amor). Para Varela y Maturana, desde el punto de vista biológico, “sin amor, sin aceptación del otro junto a uno no hay socialización, y sin socialización no hay humanidad” (Varela & Maturana Romesín, 2003, p. 163).

Rousseau plantea algo similar. Reconoce el origen del lenguaje en el reconocimiento mutuo de los hombres como seres sintientes y pensantes, y tan pronto como tal reconocimiento ocurre, se genera el deseo o la necesidad de comunicarse, buscando los medios para lograr tal

empresa. Los medios son el movimiento y la voz, siendo el primero recibido por la vista y del cual se generan gestos, la acción corporal o el símbolo. Y el segundo es captado por el oído del que se produce la conversación. A lo anterior, Rousseau se pregunta de dónde proviene en específico el origen del lenguaje, cuál es la primera motivación causada por el reconocimiento que produce el habla, y aquí hay un matiz parcial con Maturana. Para el filósofo, el origen de la lengua está en las pasiones, en las necesidades morales; es el amor, el odio, la piedad, la cólera, lo que fundamenta el lenguaje; este no proviene de la necesidad básica de sobrevivencia, ni de la necesidad de comer, ni de la necesidad del resguardo, porque para aquellas actividades no se requiere de hablar, “pero para conmover un joven corazón, para replicar a un agresor injusto, la naturaleza dicta acentos, gritos, ruegos” (Rousseau, 2008, p. 28).

Wilhelm Von Humboldt en una de sus cartas a Schiller profiere una frase que da en el clavo de esta idea que se viene desarrollando: „*Des Menschen Wesen aber ist es, sich zu erkennen in einem andern*” [Pero la esencia del hombre consiste en reconocerse en otro] (2012, p. 109). Para Von Humboldt el lenguaje representa subjetivamente la actividad espiritual, pero también produce los objetos del pensamiento, ordena la realidad y convierte partes del pensamiento en unidades para otras composiciones o actividades, y con ello el hombre es capaz de formarse a sí mismo, porque a través del lenguaje es consciente de sí, y por tanto, de separarse del mundo y distanciarse. Pero para el pensador el lenguaje posee un poder más importante que dar la capacidad de distinguirse respecto del mundo, sino que, para Von Humboldt el lenguaje aumenta la capacidad de conectar con el otro, y es precisamente porque uno es incapaz de reconocerse a sí mismo a través de uno, porque se es finito, y la única posibilidad es en oposición del otro, separando en individualidades al mundo, brotando la necesidad y el amor humano<sup>12</sup>.

Robert Graves en su poema “The cool web” (2013, p. 55), cuya traducción realiza Anguita en su belleza de pensar, capta de una manera tan precisa la idea de Von Humboldt del lenguaje como el puente a la realidad, y como la forma en que uno lo construye permitiendo cierta posesión que hace capaz al hombre de hacerse su propia realidad y de controlarla, modificarla, que se hace imposible no nombrarlo. En su poema, ilustra la desprotección en la que se encuentra el niño en oposición al hombre, ya que el primero no tiene las herramientas lingüísticas para transmitir lo que siente, lo que ve, se halla indefenso ante la realidad, a diferencia del hombre, que con el tiempo ha desarrollado su lenguaje y es capaz de comunicar, de poseer aquello que lo rodea. El acento entonces está en el lenguaje y en el reconocimiento como dos capacidades atadas en el hombre lo que permite que se constituya como tal.

---

<sup>12</sup> Goethe pensaba similar, extrapolándolo al ámbito de las artes, escribió en uno de sus ensayos de Shakespeare que “lo más elevado que puede obtener el hombre es la consciencia de sus propias inclinaciones y pensamientos, el reconocimiento de sí mismo a través del que se inicia en el arte de reconocer de manera íntima también el modo de sentir ajeno” (Goethe, 2000, p. 144). Esto porque para el autor, quienes tienen la capacidad de percibir el mundo, de reconocer el sentir ajeno, dan al lector la consciencia de mundo. Para él quien tiene esta capacidad, proyecta el mundo de una forma tan transparente que incluso el lector se hace confidente del mismo.

“El niño es mudo para decir cuán frío es el día,  
cuán cálido el perfume de la rosa en verano  
cuán terrible los cielos oscuros del crepúsculo  
y temibles los altos soldados que redoblan tambores.  
Pero nosotros tenemos el lenguaje, que mengua al hiriente calor,  
y que amortigua al cruel perfume de la rosa.  
Deletreándola, atenuamos la noche que se cierne  
y así también el miedo y los tambores.  
El lenguaje, como fría malla nos ciñe,  
protegiéndonos del exceso de júbilo o de espanto” (Anguita, 2013, pp. 198, 199)<sup>13</sup>.

Aunque el animal no esté desprovisto de emocionalidades similares a la humana, el hombre lo lleva más allá y sus pasiones lo llevarían a originar el lenguaje. Aunque Gehlen también planteó el lenguaje como parte de los rasgos distintivos del hombre, estableciéndolo como un producto biológico del ser humano, no le da la suficiente relevancia al hecho que en la base de toda convivencia humana es el amor o la aceptación del otro lo que posibilita y hace una necesidad el comunicarse entre humanos, y por tanto, hace de una necesidad el lenguaje. A este amor o aceptación del otro, en el presente trabajo se le entenderá como un reconocer al otro, como lo planteó Rousseau, Von Humboldt, Maturana, Varela y como se planteó también en Scheler, y de cierta manera en Plessner —con su planteamiento de la otredad—. Desde este punto de partida, se posibilitan el resto de las características propias del ser humano, como el hecho de vivir —y crearlo— en el mundo (*Welt*)<sup>14</sup> y en el entorno (*Umwelt*).

Entonces, el ser humano surge con el lenguaje, y este último se posibilitó en tanto el linaje de los homínidos (el linaje al que pertenecen los humanos) mantuvo o conservó un modo colaborativo de vivir, es ahí donde se entrelazan el reconocimiento mutuo de semejantes con el lenguaje, cuya base se puede reconocer en el amor.

## 2. Humanidad, reconocimiento y ética

¿Existen consecuencias éticas de la determinación conceptual del humano? Probablemente sí, pero antes de ello, se clarificará que ética y moral se encuentran en planos distintos, el primero está en un plano superior respecto del segundo, Max Mayer explica que la moral sería un orden social (al igual que el Derecho o las costumbres) que regula la vida; el segundo es el principio supremo de la crítica cultural, siendo la humanidad la finalidad del querer ético. Para ilustrarlo, Mayer cita el ejemplo de Jesús, él era enemigo de su cultura (y por tanto,

---

<sup>13</sup> Texto original: “Children are dumb to say how hot the day is, / How hot the scent is of the summer rose, / How dreadful the black wastes of evening sky, / How dreadful the tall soldiers drumming by. / But we have speech, to chill the angry day, / And speech, to dull the rose’s cruel scent. / We spell away the overhanging night, / We spell away the soldiers and the fight. / There’s a cool web of language winds us in, / Retreat from too much joy or too much fear” (Graves, 2013, p. 55).

<sup>14</sup> Es en aquello que se ha caracterizado como mundo donde se produce la cultura y la sociedad se construye como tal.

contrario a la moral imperante), pero al mismo tiempo constituye un héroe de la humana cultura (Mayer, 1937, pp. 109 - 110).

En estos términos, entonces, se analizará cuáles son las implicancias éticas de la precedente caracterización del hombre.

## 2.1. El papel de la persona en la Ética

Qué es lo humano y cómo actúa en la ética (y en consecuencia en la moral) es un tema que ha tenido un tratamiento casi sincrónico con la búsqueda de la naturaleza humana, el filósofo Francesc Torralba en su libro “¿Qué es la dignidad humana?” traza una especie de evolución de los fundamentos en relación con la pregunta ¿por qué la persona tiene una dignidad intrínseca? (Torralba Roselló, 2005, p. 19), y se cuestiona cuál es la particularidad por la que se admite al humano como digno. Esto se respondió a través del tiempo con la nota distintiva del ser humano, es así que para Aristóteles la dignidad se explica por el alma racional del hombre, en Santo Tomás en el carácter de ser a imagen y semejanza de Dios, Pico della Mirandola fundamentó la dignidad en su célebre discurso “*sobre la dignidad del hombre*” estableciendo que la dignidad proviene de la libertad de autodeterminación en razón de su inteligencia, y —para no hacer tan tediosa esta ejemplificación— para Kant, la dignidad se hallaba en la autonomía (2005, p. 61 – 74).

De todas las fundamentaciones expresadas, el común denominador se halla en el hecho de que, por tener una nota distintiva característica y aparentemente superior, el humano es el más digno. Esa fundamentación parece insuficiente, ya que todos los entes tienen una nota especial que los diferencia del resto de seres. Así, por ejemplo, pensando en Gehlen, el oso es y tiene una forma especial de ser y distinguirse respecto del resto de los animales, tiene un pelaje que lo abriga del frío, sus propias armas para defenderse del resto de las especies, como sus garras, su fuerza o sus dientes, y tiene la suficiente inteligencia para prevenir que en determinados periodos estacionales no puede buscar alimento y por tanto debe hacerse de las suficientes provisiones para hibernar. El oso en muchos aspectos es superior al hombre, tiene más capacidad de sobrevivencia por sí solo, es de una particular forma que lo distingue, pero nadie —exceptuando a aquellos que se denominan anti-especistas—, podría afirmar que el oso tiene la misma dignidad del hombre. Se podría plantear un ejemplo incluso más burdo, podría decirse que la taza con la que se toma té es especial y superior, al ser un receptáculo que se distingue del resto, pues su asa permite una facilidad para tomarlo y la apacibilidad que entrega un té —luego de un almuerzo alto en carbohidratos— en una taza da una felicidad inconmensurable y eso no lo entrega ningún humano, lo que lo hace especial respecto del resto de los recipientes donde es posible tomar té. Sin embargo, y con mayor seguridad que en el ejemplo anterior, nadie se atrevería a decir que la taza tiene una dignidad similar a la humana, ni se haría un velorio por todas aquellas tazas rotas producto de la torpeza.

El ejemplo de la taza es extremadamente burdo, pero ilustra lo superfluo e individualista que puede sonar que la dignidad se base en la racionalidad, en la libertad o en la autonomía. Por lo que, para este trabajo el fundamento de la dignidad humana es el reconocimiento<sup>15</sup>, por el hecho que une de forma intersubjetiva a todos los humanos, que une y distingue a todos los hombres, que confirma y da sentido la existencia y permite el lenguaje —al entrelazarse con la emocionalidad—, facultando al hombre de la racionalidad, la libertad y la autonomía que se le predica. Ya se adelantaba en el acápite anterior con Maturana, para quien:

“Todo acto humano tiene lugar en el lenguaje. Todo acto en el lenguaje trae de la mano el mundo que se crea con otros en el acto de convivencia que da origen a lo humano; por esto, todo acto humano tiene sentido ético. Este amarre de lo humano a lo humano es, en último término, el fundamento de toda ética como reflexión sobre la legitimidad de la presencia del otro” (Maturana & Varela, 2003, p. 163).

De la afirmación que el reconocimiento es el fundamento de la dignidad humana, se puede concluir que la humanidad como ideal ético se cumple toda vez que se realizan actos volitivos de reconocimiento, y por otro lado, se actúa de una forma contraria a la humanidad como ideal ético cuando se menosprecia. Lo que corresponde ver en las siguientes líneas, será reflexionar el cómo se proyecta el reconocimiento en la vida social.

## 2.2. La lucha por el reconocimiento de Axel Honneth

La teoría de Honneth proviene de una reconstrucción del concepto de reconocimiento (“*Anerkennung*”) de Hegel, para este último la palabra designa la relación intersubjetiva que se genera entre sujetos, cuando ambos se ven recíprocamente como un igual, “por consiguiente, el concepto puro de reconocimiento remite a una relación de identidad simétrica entre dos autoconciencias libres” (Sepúlveda, 2013, p. 116). Lo que hace entonces Honneth es tomar este concepto del autor de Jena y la reconstruye críticamente para fundar su propia teoría normativa de la sociedad.

El reconocimiento para Honneth (2011, pp. 165 -170) se puede explicar con la metáfora de la invisibilidad. En un inicio caracteriza la invisibilidad no solo como la no visión óptica de una persona, sino que el verla, pero hacer de cuenta que no está. Sin embargo, el autor da un giro en el concepto, porque la invisibilidad para el afectado es más que una mera metáfora, sino que para el supone un núcleo real que es el no sentirse percibido, que significa más que el mero hecho de no ser visto. Por ello, del sentido negativo se pregunta cuándo una persona es visible.

---

<sup>15</sup> Y es por este mismo reconocimiento por el que el ejemplo del oso puede resultar más difícil de contestar que el ejemplo de la taza. En el primer capítulo, a propósito de los avances etológicos, se abordaba la evidencia vinculada al hecho de que los animales no poseen emociones tan distintas a las humanas, ni la forma de vincularse en algunas especies es tan lejana a la orgánica humana. Que exista una base emocional similar entre ambas especies da pie a que el humano pueda reconocer una emoción que él también posee en el animal, y por tanto, se le reconozca valor como ser sintiente.

Y del desarrollo de este concepto, distingue el “conocer” que es la visibilidad óptica en la que se identifica al individuo, como es el caso en que una persona saluda erróneamente a otra. Pero aquello que se va a designar como la antítesis de la invisibilidad, debe estar sobre de la mera identificación como individuo, se requiere un significado propositivo de una apreciación, un acto público.

Reconocimiento, como contrapartida de la invisibilidad es

“La manifestación expresiva del hecho de quedar descentrado un individuo, que efectuamos teniendo en cuenta el valor de una persona: mediante los gestos y los comportamientos correspondientes damos a conocer públicamente que concedemos a otra persona, sobre la base de su valor, una autoridad moral sobre nosotros, en la que encuentra límite la realización de nuestros impulsos e inclinaciones espontáneas” (Honneth, 2011, p. 180).

Para el autor, el reconocimiento de una persona precede y está por sobre el mero conocimiento cognitivo de ella, pues se reconoce cuando el lactante, de las expresiones faciales, deduce las características valiosas de las personas. Y similar sucede con los adultos, del reconocimiento de la vida social no solo se deducen las características del otro, sino que también se manifiesta la disposición a orientar la acción moral del otro.

El filósofo de Essen tomará de Mead y Hegel los modelos de reconocimiento intersubjetivo. Esta tripartición delimita tres formas de reconocimiento, el amor, el derecho y la solidaridad (o estima social). Sin embargo, paralelamente establece las tres formas de menosprecio, que como contrapartida al reconocimiento “designa el aspecto de un comportamiento, por el que las personas son lesionadas en el entendimiento positivo de sí mismas que deben ganar intersubjetivamente” (Honneth, 1997, p. 160), además del daño a la libertad o el daño que puede causar tal acto negativo. Estas tres formas de menosprecio son la versión negativa a los modelos de reconocimiento, se trata de la violación (en el amor), la desposesión (en el Derecho) y la deshonra (en la estima social).

La primera forma de reconocimiento es el amor, y para Honneth en esta se incluyen todas las relaciones afectivas cercanas como las de familia, amistad o las amorosas. Para desarrollar este modelo de reconocimiento el autor utiliza la teoría psicoanalítica y reflexiona en torno la relación emocional generada por el vínculo “hijo-madre”. Lo relevante del lazo y el cómo se desarrolla reside en el hecho de que tiene consecuencias hasta para la vida adulta. Se trata de analizar cómo el estado de maduración en el que, el niño por un lado y el adulto por otro, se libera de la dependencia absoluta —producida por el vínculo libidinal— que mantiene el niño con la madre, y el adulto con su pareja. Y es en este punto donde Honneth pone la lupa, plantea que en el momento en que el niño aprende a vivir con la ausencia de la madre y el hombre adulto es capaz de separarse, el niño y el hombre se vuelven autónomos, son capaces de estar solos (Ricoeur, 2006, pp. 240 - 242). Pero ese quiebre no solo trae la capacidad de estar solo, sino que también el

sujeto aumenta la confianza en sí mismo, entendiéndola como seguridad emocional y aptitud de exteriorizar las propias necesidades, cuya conjugación desarrolla el autorrespeto (Honneth, 1997, pp. 131 - 132). El modo de menosprecio de esta forma de reconocimiento es la violación y el maltrato. Se dirige a aquellos hechos en que se limita a una persona disponer libremente de su cuerpo, a través de la lesión física, ya sea la tortura o la violencia. Pero esta forma de menosprecio no se constituye por el dolor corporal que puede significar una tortura, sino que el sentimiento de estar sometido a la voluntad de otro, impotente de poder hacer algo por sí, destruyendo la confianza elemental de la persona (pp. 160 - 161).

El segundo modo de reconocimiento es el Derecho, y Ricoeur (2006, pp. 249 - 250), en un intento expositivo de la teoría de Honneth, entiende que en esta forma de reconocimiento se analizan las condiciones materiales de la igualdad de oportunidades, que es posible admitirlas como conquistas del Derecho, sin embargo, esta necesidad de expansión y enriquecimiento del Derecho es constante, siempre va a existir una parte en este último en que va a tener cabida el no reconocimiento. Si con el amor se ganaba la capacidad de estar solo y la confianza en sí mismo, con el Derecho se gana la libertad —una racionalidad presupuesta igualitariamente a todos— y el respeto —que supone que los sujetos se reconocen recíprocamente en su responsabilidad moral—, lo anterior excede la forma de reconocimiento del amor, porque está más allá del círculo afectivo, y se pretende universal, y esto se manifiesta en los reconocimientos recíprocos de derechos, pero también de obligaciones respecto del otro. Esta estructura que nace de la libertad y el respeto devendrá en la constante ampliación de los derechos reconocidos y en el enriquecimiento de las capacidades reconocidas<sup>16</sup>. Honneth (1997, p. 147) explica que el tener derechos posibilita que el sujeto sea consciente de que es respetado por los demás, porque se le reconoce la facultad legítima de exigir un derecho, y que esta sea —valga la redundancia— reconocida por el resto, desarrollando con ello también el autorrespeto. Y esto de forma recíproca, porque para entenderse portador de un derecho, hay que admitir un deber respecto al otro. La forma de menosprecio de este modo de reconocimiento es la desposesión de las pretensiones individuales; aquello que el sujeto podía legítimamente exigir se le desconoce, y su participación igualitaria en la sociedad se matiza, se pierde el sentimiento de persona capaz de juicios morales y el autorrespeto construido en torno a aquel reconocimiento se desvanece (pp. 162 - 163).

Antes de seguir con el tercer modo de reconocimiento, cabe hacer una precisión que probablemente ahora no tenga sentido, pero que al final de este capítulo —se espera— será coherente para quien lo lea. El reconocimiento en el Derecho actúa como una idea, de ser coherente con lo expuesto en el primer y parte del segundo acápite; tal reconocimiento es entendido como fundamento originario del lenguaje que es lo que hace humano al humano, y de paso liga a la humanidad toda porque se comprende que no hay humano sino en relación de aceptación recíproca como semejantes. Mayer (1937, pp. 192 - 200) lo explica de una forma

---

<sup>16</sup> Para ilustrarlo, se puede considerar el caso de la mujer, que a la medida que se le reconocían las mismas capacidades del hombre, su esfera de acción dentro del Derecho se fue ampliando y enriqueciéndose.

insuperable y la explicación de Ricoeur da luces al respecto, y es que el Derecho no tiene vocación de invariable, sino que, se expande y se enriquece, precisamente porque en él siempre habrá un lugar donde el no-reconocimiento tenga cabida, jamás se acaba. Si se entendiera el reconocimiento, y por tanto, lo humano como ideal jurídico (como en la ética), el Derecho sería de tan solo un contenido, porque el concepto de humanidad se traza con la tendencia de que en ese momento en más, no exista otro concepto de humanidad, y eso no es así: el Derecho cambia entre un pueblo y otro, pero además ha cambiado (con avances y retrocesos) a través de la historia. Aquello que sucede cuando, por ejemplo, se reconoce de una forma igualitaria los derechos entre mujeres, negros o minorías sexuales, es la idea de humanidad —fundada en el reconocimiento— que se manifiesta en ideales culturales seleccionados por el Derecho.

Finalmente, la estima social que es entendida como la existencia de un horizonte de valores común a todos los sujetos. En este modo de reconocimiento, cada persona mide su valoración debido a su aporte en la vida de otro en cuanto a sus cualidades, siendo esta la señal de significación o contribución propia en la vida de otros (Ricoeur, 2006, pp. 256 - 257). La forma de menosprecio de este modo de reconocimiento es la deshonra, en la que se desvaloriza el modo de vida individual o colectivo, dañando el estatus de esa persona o grupo. Lo que se daña es el cuestionamiento a la forma de vida, pero porque se considera defectuosa, con ello se pierde la autoestima personal, porque se pierde este consentimiento social a la forma de autorrealización escogida (Honneth, 1997, pp. 163, -164).

### **3. La humanidad en el Derecho: ¿concepto, principio o idea?**

Se ha intentado seguir un hilo conductor en este capítulo, se determinó el concepto de lo humano, para poder establecer cómo este concepto se inserta en la ética, lo que habilita su proyección en el Derecho. La pregunta ahora es ¿de qué forma la humanidad se proyecta en el Derecho? El punto por resolver, entonces, será determinar si la humanidad se inserta en el Derecho como un concepto, principio o idea. Para iniciar habrá que determinar a qué se alude cuando se refiere a concepto, principio o idea.

El mismo inicio, sin embargo, presenta un escollo no menor por resolver, la variedad de definiciones de las mismas palabras, y la pluralidad de las perspectivas en la que es posible abordarlos es prácticamente infinita. Es aconsejable transparentar quién elabora el concepto y donde la sitúa, de modo que el lector entienda que desde ese punto la pauta la ha dado determinado autor. Sin embargo, y a pesar de ello, también se definirá con el diccionario de filosofía de José Ferrater Mora.

Respecto a la definición de concepto, se dirá que, desde una perspectiva lógica de inspiración fenomenológica, el concepto es el elemento último de los pensamientos que se distinguen de las palabras debido a que estas son una serie de símbolos de signos con distintos significados, y se distingue del objeto, ya que este es su correlato intencional (Ferrater Mora, 1964, p. 320). En la filosofía del Derecho, por su parte, a la hora de buscar conceptualizar el

Derecho, autores como Mayer, Radbruch o Stammler han establecido una especie de procedimiento para llegar a él.

Este proceso consiste principalmente en diferenciarlo respecto de la idea. En Mayer, por un lado, se distingue el concepto de la idea principalmente “porque no ha sido alcanzada por vía empírica; el concepto se extrae de la materia, desciende sobre ésta; en un caso, elaboración; en otro, valoración” (Mayer, 1937, p. 144). Por otra parte, Radbruch (2007, pp. 81 - 82) considera que la única forma de acceder a un concepto —de Derecho— es a través de la deducción de la idea predibujada en el mismo. Finalmente, Stammler (1930, p. 68). al caracterizar el método crítico para alcanzar una noción de Derecho, establece que en primer lugar se debe distinguir entre forma y materia, separando el problema del concepto con el de la idea del Derecho y manteniendo aparte la investigación sistemática y la genérica.

Pues bien, a partir de esta información cabe preguntarse si es posible o tiene cabida la humanidad como un concepto del Derecho, y la verdad es que Mayer da una pista esencial en este asunto: un concepto es un caso de elaboración, y como se ha dicho, la humanidad es un concepto que a partir de sus implicancias morales se refracta en el Derecho, teniendo una característica eminentemente valorativa. Paralelamente, no es posible afirmar que es un concepto propio del Derecho, o más bien, que se pueda deducir del propio concepto de Derecho; puesto que, por decirse de forma figurativa, esta es una noción prestada de la antropología filosófica al Derecho.

Respecto al principio, es posible caracterizarlo de dos formas: como un *principium essendi*, que se refiere a aquel principio en cuanto realidad fundamental, como aquel principio originario que buscaban los presocráticos en la naturaleza; y por otro lado, puede ser entendido como *principium cognoscendi*, que se utiliza cuando se intenta desarmar la razón del por qué las cosas son lo que son, teniendo carácter propositivo (Ferrater, 1964, p. 480). En la filosofía del Derecho es posible nombrar a Giorgio del Vecchio y Robert Alexy para su tratamiento.

Giorgio del Vecchio en su libro “Los principios generales del Derecho” escribe que estos tienen una naturaleza eminente práctica, debido a que su función es dar la necesaria solución a cada problema o conflicto jurídico. Para el jurista, la función del Derecho es coordinar las actuaciones de los demás con la propia, de modo que si no se logra tal función, no sería Derecho, y se anularía. Es debido a esto, precisamente, que existe un deber que recae sobre los jueces de resolver cualquier cuestión que se le ponga enfrente, aun cuando no exista norma que lo resuelva o no se tenga el saber teórico concreto que solucione tal pugna. Con la natural imposibilidad humana de prever todas las situaciones jurídicas, se han dispuesto dos herramientas con las cuales se hace posible resolver cualquier controversia, a saber, la analogía y los principios del Derecho natural —o principios generales del Derecho, que para del Vecchio significan lo mismo—, que se refieren a las verdades supremas del Derecho *in genere*, que serían ingénitos a cualquier Derecho al provenir de la racionalidad humana (del Vecchio, 1975, pp. 41 - 49).

Respecto a la relación de las normas particulares y los principios, del Vecchio explicita que solo se ha impuesto un requisito, que es que exista una armonía entre una y otro, esto porque el ordenamiento jurídico debe ser constituir un todo único y homogéneo, entregando seguridad jurídica. La homogeneidad del ordenamiento jurídico se establece como requisito formal, cuya correspondencia debe ser recíproca. Dicho de otra forma, no debe haber incongruencia tanto si de las normas se asciende a los principios o viceversa. Los principios representan la integración de un elemento racional al ordenamiento jurídico que no ha sido regulado en términos positivos, admitiéndolo con carácter general. El autor aclara que los principios no se obtienen *a priori* solamente, ni se infiere de las normas particulares, que virtualmente superan toda aplicación particular (pp. 62 - 66).

Para Alexy, por su lado, “los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” (1993, p. 86). Los principios son mandatos de optimización cuya aplicación puede ser gradual y ponderada, en la medida de lo posible tanto por lo jurídico como por lo real, a diferencia de las reglas que funcionan como un interruptor, se aplican o no se aplican, no hay matices, está encendido o está apagado (pp. 86 - 97). De Alexy, la verdad es que será relevante su distinción entre principio y valor, esto porque ambas se pueden ponderar y aplicar de forma gradual. El criterio de distinción el autor lo toma de Von Wright en relación con los conceptos prácticos, es decir, los conceptos deontológicos, axiológicos y antropológicos. Entonces, se entenderá por concepto deontológico, aquellos que mandan, prohíben, permiten o dan Derecho, paralelamente; el concepto axiológico, apunta al mandato de lo bueno; y el antropológico a la voluntad, el interés, la necesidad, el decir y la acción.

Pues bien, lo que distingue a los valores con los principios, es que los principios como mandatos de optimización pertenecen al concepto deontológico, y los valores naturalmente pertenecen al concepto axiológico. (pp. 138 - 139)

De lo anterior es posible deducir que la humanidad no es un principio. Cuando Giorgio del Vecchio, por un lado, establece que los principios del Derecho provienen de la racionalidad humana por lo que no serían históricamente condicionados, se podría deducir que, un principio de humanidad no tendría sentido toda vez que, si la racionalidad humana es una capacidad humana (junto con el resto de las características que se expresaron en el primer acápite), no puede ser fuente para un principio que abarca la plenitud humana. Debe entenderse al revés, de la humanidad como verdad suprema del Derecho, se deben deducir principios coherentes con la verdad misma. Por otro lado, respecto a lo planteado por Alexy, su distinción entre conceptos es bastante indiciaria, los principios son mandatos de optimización, y no responden al concepto axiológico, los principios no valoran, mandan, prohíben, permiten o dan derecho, no teniendo la humanidad demasiada cabida.

Ya se puede intuir que, de las tres nociones consideradas, la humanidad se inserta como idea del Derecho. Respecto a la definición de idea, para Ferrater Mora el concepto tiene muchas

acepciones, y se ha utilizado de diversas maneras, sin embargo, hay tres nociones que se pueden relevar como las más importantes, la lógica (idea como concepto), la psicológica (idea como entidad mental) y la metafísica (idea como realidad) (Ferrater, 1964, p. 890). Mayer respecto a esto, entiende y se hace cargo de la variabilidad de los usos y aplicaciones de la palabra idea, sin embargo, para el autor la doctrina fundamental es aquella en que se contraponen con la materia, se distingue de lo material, pero que a la vez se relaciona y encuentra su significante en ella. Para el autor la idea “es un juicio de valor (...), son pensamientos que ponen en relación una materia con su valor principal con un valor supremo, es decir, con aquel que ofrece la más alta síntesis” (Mayer, 1937, p. 143), deduciendo que la idea del Derecho debe ser uno que se establezca como valor supremo, cuyo sentido sea de eternidad en todo ordenamiento jurídico.

En una vereda absolutamente contraria, Kaufmann (1999, pp. 350 - 351) establece que la idea no debe ocupar un lugar muy alto, sino que hay que comprenderla como un modelo de hombre en su triple configuración, a saber, cómo el ser que es autónomo y crea Derecho, como fin de su mundo —y del Derecho—, y como ser heterónomo, es decir, sometido al Derecho, ya que para él antes que una idea en el Derecho está el hombre.

Pues bien, desde este punto, Kaufman establece que existe un consenso respecto de que la idea del Derecho o su valor supremo es la justicia, alineados con esta posición se podría nombrar también a Radbruch, Stammler o del Vecchio. Entonces cabe preguntar, qué es la justicia y si acaso ese es realmente su lugar —como idea del Derecho—.

Para Radbruch (2007, pp. 82-86), la justicia es un valor irreductible, y por tanto, se constituye como la idea del Derecho —que, por cierto, inspira su concepto—. Esta se distingue de la justicia subjetiva, que es manifestación de lo moralmente bueno y que se dirige a la justicia objetiva. Y la justicia objetiva, cuya valoración afecta una relación entre hombres, y por ello su patrón no es un hombre o una individuación, sino que un ideal de sociedad. Por otro lado, la justicia se manifiesta de dos formas, como justicidad, que se relaciona con la aplicación del Derecho, pero como esta se vincula con el Derecho positivo; y aquí se busca la idea del Derecho, en su otra manifestación: como igualdad.

La igualdad presentará un problema similar al de idea o al de justicia, la palabra posee una enorme variedad de significados, y por tanto se puede referir a distintas cosas. Por ejemplo, según su objeto, puede dirigirse a bienes o a hombres, como la igualdad de salario correspondiente al valor del trabajo. Igualdad puede ser absoluta o relativa, por ejemplo, una pena impuesta en relación con su culpa. Esta última distinción se relaciona con la realizada por Aristóteles, que va a distinguir entre igualdad absoluta, como aquella entre bienes y que se califica como justicia igualitaria. Y la igualdad proporcionada, que se dirige a un tratamiento equilibrado. Por ejemplo, en el Derecho tributario se imponen las cargas en razón de la capacidad de pago, entendiéndose como justicia distributiva. El mismo ejemplo, pero aplicado en la justicia igualitaria, haría pagar a quien gane 100 y a quien gane 200, la misma carga impositiva. Ahora bien, la justicia igualitaria sólo requiere dos personas las cuales se coordinan, la distributiva

requiere tres, un tercero que distribuye las cargas, y por tanto, se identifican con las relaciones de subordinación. De ello se deduce, que la justicia distributiva es anterior a la justicia igualitaria, pues para llegar a esta última previamente debió existir una distribución de las cargas, siendo la primera la forma originaria de la justicia.

Entonces, sería la justicia distributiva la idea del Derecho. Sin embargo, para Mayer (1937, pp. 178 - 181), esto presenta problemas toda vez que para él la justicia carece de contenido, a lo que Radbruch era consciente y por lo mismo determina que de la justicia solo se puede deducir de una relación que debe complementarse con otros preceptos, siendo solo esta un principio específico del Derecho. Sin embargo, aquello no satisface la pregunta —por ejemplo— de si es justo igualar a los hijos legítimos con los ilegítimos, ya que no es posible hallar una respuesta deducible del valor de la justicia; sino que, dependerá del momento cultural y de la opinión común para que se decante por una u otra posición. En segundo lugar, el autor establece que no pocas veces el Derecho se ha manifestado opuesto a la justicia. Por ejemplo, a dos reos se les impone la misma pena, sin embargo, uno alimenta a una familia, y el otro es soltero. De tal caso, es posible preguntarse si es justo que la pena alcance a la familia, pues la priva del sueldo del reo. La justicia ligada a normas dirige a este tipo de injusticias, conduciendo a error. Por último, la justicia se dirige al caso concreto, es la cúspide de un sistema axiológico personalista, lo que disuena con el Derecho al ser un fenómeno social y no es posible conciliarlo como una idea del Derecho.

Aunque la justicia ha sido propuesta de manera mayoritaria, no es posible plegarse a esa posición, sobre todo considerando el planteamiento jurídico plasmado aquí. La justicia no capta las distintas circunstancias en que suceden diferentes acontecimientos, al ser un cálculo aritmético proporcional quita de ella todo lo que circunda en el hecho (Guzmán Dalbora, 2015, pp. 190 - 191). Una pena de 25 años no tiene el mismo significado para una persona de 20, que para una persona de 80 años, a esta última prácticamente se le está sentenciando a muerte privada de libertad.

Entonces, lo que se propondrá en este punto, es que la humanidad es la idea del Derecho, y en esta línea nuevamente se sigue a Mayer (1937, p. 192). Si la idea es el supremo valor cultural y ella se une indisolublemente a la sociedad alta, aquella más amplia e incondicionada, habrá que deducir que la humanidad, que es como ha sido llamada a través del tiempo la sociedad humana, es la idea del Derecho.

Sin embargo, de Mayer no se tomará propiamente tal su concepto de humanidad<sup>17</sup>, pero si se remitirá al desarrollo de su idea de la sociedad humana. En el segundo acápite de este

---

<sup>17</sup> “La humanidad consiste en romper mentalmente todas las vinculaciones de los hombres a las sociedades históricamente dadas, para no admitir más que la pertenencia a la sociedad humana o, como también suele decirse, no atribuir ningún valor a las condicionalidades en que consiste la existencia de todo ser social, y reconocer el máximo valor a la dignidad de la persona en cuanto tal. La humanidad proclama y exige el hombre en sí” (Mayer, 1937, p. 192)

trabajo, en una cita de Maturana, se expresa una idea muy ilustrativa de la razón por la que los humanos (o los hombres) están indisolublemente unidos entre sí: el reconocimiento que produce el lenguaje. No es posible ser humano sino en tanto que con otro se reconozcan intersubjetivamente como tales, y se comuniquen debido a ello. Ahí está el origen de lo humano (con otras condiciones biológicas disposicionales). Para Mayer (1937, pp. 73 - 75) la sociedad humana es algo que se debe imaginar y pensar, constituyéndose como una idea necesaria de la razón, ella debe apuntar a la idea de una cultura general humana que se desligue de toda condicionalidad histórica, ver al hombre en su propia cualidad siendo su última la sola pertenencia a la sociedad. Pues bien, la sola pertenencia a aquella sociedad humana es el reconocimiento intersubjetivo, que une a todos los hombres permanentemente. Aquella aseveración sustentada en los planteamientos biológicos de Maturana, filosóficos de Rousseau, Von Humboldt y también en cierta medida de Scheler y Plessner, será para los efectos de esta investigación, el punto de partida para imaginar como idea una sociedad históricamente incondicionada.

La humanidad entonces, como idea del Derecho, es la unidad indisoluble entre humanos dada por el reconocimiento intersubjetivo en virtud de su origen y que persiste a toda condicionalidad histórica. Es en la unión humana en la que la dignidad tiene sentido, y en la que se despliega como ser social y libre. Y entonces, es esto lo que debe ser imaginado al pensar al hombre en sí.

## II. Noción de pena natural

En el capítulo anterior se dio con un concepto de humanidad, que como tal, tiene implicancias en la moral y se proyecta como idea del Derecho, tal elaboración tiene el fin de poder responder si acaso la pena natural puede tener repercusiones en la conmensuración de la pena a la luz de esta idea del Derecho recientemente desarrollada. Por lo que, el siguiente paso que parece prudente desarrollar, se refiere a la noción de *poena naturalis*.

El 10 de diciembre de todos los años se celebra el día de los Derechos Humanos en el mundo, ya que, en tal fecha, pero de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos, documento que establece los Derechos inherentes a todo ser humano, independientemente de toda condicionalidad histórica, cultural, política, social o cualquier otra característica extrínseca al hecho de ser humano (cuestión estudiada en el capítulo anterior). Paralelamente, un 10 de diciembre, pero del 2006, fallece a causa de un infarto agudo al miocardio quien fuera uno de los dictadores más sanguinarios que ha conocido la historia chilena, Augusto Pinochet. Dictadura cuyas cifras oficiales ascienden a 3.227<sup>18</sup> víctimas, de las cuales 2.125 son víctimas muertas y 1.102 víctimas detenidas desaparecidas, sin considerar los demás torturados que no tuvieron ese mismo destino fatal; se

---

<sup>18</sup> Suma total de las cifras que se informan en los informes Rettig I y II, informe CNRR e informes Valech I y II. Disponibles en <https://bibliotecadigital.indh.cl/>.

habla de miles de víctimas que fueron sometidos a la violencia estatal y vieron todos sus derechos transgredidos. Puede sonar irónico, pero el día en que se celebran los Derechos Humanos, muere el tirano cuyo régimen marcó por siempre la historia chilena por, precisamente, la transgresión sistemática de los Derechos Humanos de chilenos y extranjeros.

Pero de la ironía, también es posible pasar al castigo divino, es decir, considerar que no es el destino riéndose del dictador, sino que es el castigo justo que se le ha impuesto por sus delitos, una pena natural. La *poena naturalis* (en latín) se constituye como una creencia más bien cotidiana, inserta en diversas culturas; por ejemplo, si se es católico, probablemente se fue receptor del miedo y la culpa implantados por el castigo divino producto de caer en la tentación del pecado, símil situación podría comentarse con algunas religiones de origen indio y el karma, energía que se produce a partir de los actos de las personas y que en razón de ella se genera un efecto en la vida humana (bueno o malo, dependiendo del acto primario), pero fuera del mundo religioso, la pena natural sigue siendo cotidiana, porque una persona suele buscar la causa de hasta el menor incidente negativo de su vida.

Pues bien, aunque se pudiese afirmar que la pena natural es una sanción (religiosa o moral, piénsese) ¿cuál podría ser su incidencia en el Derecho? ¿su existencia tiene alguna relevancia para el Derecho? De antiguo se ha hablado de la *poena naturalis* y la posibilidad de entrelazarla con el delito y la pena, a saber, cuando producto de un acto típico se ocasiona una consecuencia dolorosa para el hechor o para un tercero emocionalmente cercano al mismo. De forma más transparente, para tener una idea más reveladora de las situaciones que los juristas suelen considerar pena natural, es útil tener a la vista la síntesis que hace Miguel Bustos Rubio (2016, pp. 119 - 120) de dichas circunstancias:

- a) Un asaltante que roba en un banco y, a consecuencia del tiroteo con las fuerzas del orden que se produce a la salida, queda parapléjico.
- b) Un ladrón que, huyendo con el botín, cae en una zanja no vislumbrada y sufre graves lesiones que le hacen perder la movilidad total de una pierna.
- c) Un conductor imprudente que provoca un accidente de tráfico y, a causa del mismo, pierde a su hijo pequeño que le acompañaba en la parte trasera del vehículo.

E inmediatamente posterior a esto surge la pregunta ¿cuál es la relevancia o incidencia de este entrelazamiento? Y es que ¿si un ladrón producto de su robo queda parapléjico, es justo imponerle una pena? O más preciso aún, si se considera a la humanidad como idea del Derecho, y la humanidad como nota distintiva que permite a los humanos admitirse como tales, en la medida de que son capaces de reconocerse en el otro ¿tendrá la pena natural alguna repercusión en la pena?

En el Derecho comparado y en la doctrina se ha analizado la inserción de la institución de la pena natural en los distintos sistemas jurídicos, sin embargo, su tratamiento no ha recibido

la atención necesaria, ni tampoco ha logrado un acuerdo mediano respecto de su naturaleza jurídica; algunos la insertan dentro de la teoría de la pena, otros dentro de la teoría del delito, algunos otros (y de hecho, con bastante adherencia) la han considerado más bien como una institución del proceso penal. En palabras de Ziffer “si bien el principio de la *poena naturalis* puede partir de buenos fundamentos, resulta sumamente difícil incorporarlo dentro de un sistema punible, sin conducir a contradicciones” (1996, p. 143).

Sin embargo, una pregunta aparece velada dentro de las anteriores reflexiones ¿qué es la pena natural? ¿Cuál es su origen? ¿Cuál ha sido su tratamiento dentro del pensamiento filosófico y jurídico? ¿Cuál ha sido su tratamiento en el Derecho comparado y en el Derecho nacional? Y finalmente ¿Qué definición de pena natural es prudente utilizar para insertarla dentro del mundo del Derecho?

Se tomará este camino de ir desarrollando la *poena naturalis* de manera descriptiva hasta arribar a una conceptualización, pues como ha indicado Atienza (2011, p. 39):

Resulta absurdo pensar que los conceptos deben definirse desde el primer momento y que, en la ciencia, una investigación no pueda empezarse antes de tener definido su objeto; entre otras cosas, porque muchas veces se parte de conceptos vagos que se dilucidan gradualmente a través de la investigación misma. Naturalmente, el objeto de la investigación tiene que identificarse desde el comienzo, pero esto puede hacerse sin necesidad propiamente de definir sino, por ejemplo, con ayuda de descripciones o de alguna otra forma.

## 1. Tratamiento histórico

Desde la vereda de la filosofía, el nombre de pena natural se menciona por primera vez en la filosofía kantiana en su libro “La metafísica de las costumbres”, sin embargo, no fue solo Kant quien habló sobre ella, sino que es posible encontrar referencias remotas en la Grecia antigua con Heráclito, pasando por los medievales con Santo Tomás en la “Suma teológica” y San Agustín en su libro “Confesiones”, y también con el empirista inglés Thomas Hobbes en su “Leviatán”. Por otro lado, en el mundo jurídico, sus primeros tratamientos y referencias es posible encontrarlas en Ludwig Feuerbach y Ernst Klein.

“TISÍFONE  
Ofrezco, en lugar de malas lenguas,  
puñal y veneno contra el malhechor.  
Si amas a otro, antes o después,  
la perdición se hará dueña de ti.  
Lo más dulce que tenga aquel instante  
se transformará en amarga hiel.  
Aquí se actúa sin ninguna indulgencia:  
lo que se cometió debe expiarse.

Que nadie le haga cantos al perdón,  
yo elevo mis quejas ante las rocas,  
y mira que dice el eco: ¡Venganza!  
El adúltero no debe vivir” (Goethe, 2014, p. 200)

Para hallar un origen mediato de la pena natural es necesario remontarse al mito de las Erinias de la antigua Grecia o de las Furias en la cultura romana (aludidas en el Fausto de Goethe, de la cita anterior). Las Erinias, según Hesíodo (1978, pp. 78 - 79), nacen en el mito de la castración de Urano: este retenía dentro de Gea a sus hijos, privándolos de la luz y manteniendo al borde del colapso a la madre, por lo que la última urdió un plan para que, con una hoz alguno de sus hijos (Cronos) vengara el arrebató y los tormentos que tanto a ella como a su descendencia les profirió, castrando a Urano y arrojando sus genitales lejos del continente. Al cabo de un año Gea dio a la luz a las poderosas Erinias<sup>19</sup>.

Sobre su impacto en la vida griega, se puede leer en la tragedia (entre otras) de Eurípides “Oreste” el suplicio que este último padeció al caer en la locura por las alucinaciones que tenía de las Erinias, las que lo atormentaban en castigo del asesinato de su madre (quien cometió el acto en venganza de su padre):

Coro. - ¡Ay, ay! ¡Raudas, aladas, furiosas deidades que montáis un cortejo sin tonos báquicos, entre gemidos y sollozos, Euménides de negra tez, vosotras que os agitáis por el vasto éter, vengadores del crimen de sangre, vengadoras del asesinato, os suplico, os suplico permitid que el hijo de Agamenón [Orestes] olvide su rabiosa frenética locura! (Eurípides, 1979, p. 197)

Las Erinias, entonces, se plantean como diosas del castigo, pero no de cualquier castigo, sino que de aquel que se impone justamente [Dike]. Dentro de la filosofía griega, es posible hallar una primera referencia de las diosas en Heráclito en el fragmento 94 que reza “El sol rebasará sus medidas; que, si las rebasare, las Erinias, servidoras de la Justicia, sabrían encontrarlo” (García Bacca, 2012, p. 76). Pero antes de adentrarse en el análisis del fragmento, hay que tener en cuenta que de Heráclito no se mantiene un escrito completo, sino que, hasta el día de hoy, su estudio comprende más bien el análisis de fragmentos ordenados por la numeración propuesta por los autores Diels-Kranz. Respecto de su filosofía, Russel (2013, pp. 85 - 87) explica que el filósofo de Éfeso tiene distintas doctrinas, siendo la más relevante para efectos del análisis del fragmento 94, su teoría de los opuestos que se refiere a aquella lucha existente entre antagonismos cuyo efecto es producir un movimiento armonioso —la unidad—, sin embargo, esta lucha presenta un límite y es que nunca ningún opuesto puede sobreponerse enteramente al otro, y de hecho, es ese límite —y el que no sea sobrepasado— lo que protegen las Erinias.

---

<sup>19</sup> En Apolodoro (1987, pp. 9 - 10), en su libro “Biblioteca”, se encuentra el mismo mito, con la diferencia de que, para el autor, las Erinias nacen de las gotas de sangre de Urano.

Al respecto, en el seminario de Heráclito impartido por Martín Heidegger y Eugen Fink (2017, pp. 54 - 69), se hace una interpretación exegética de los fragmentos “heraclitianos”, especialmente de las palabras μέτρα [medidas] del fragmento 94 y τέρματα [límites] del fragmento 120 que reza “Los límites del amanecer y el atardecer, la Osa y, opuesto a la Osa, el término brillante de Zeus” (p. 56)<sup>20</sup>, concluyendo que el sol como fuego celeste tiene una conducta similar a todo lo que irradia, cuya medida se puede entender en un triple significado, como curso solar (es decir, se puede entender como la medida del tiempo), como medida de lo que sucede bajo el curso solar (o sea, da forma, crecimiento y florecimiento a todo lo que acontece en el mar y en la tierra) y como claridad solar (da luz), estas medidas deben ser respetadas, debiendo el sol mantenerse dentro de los límites impuestos por los cuatro τέρματα, porque de caso contrario las Erinias como auxiliares de la Dike los rastrearían, lo que se debe entender como un mensaje coercitivo. Pero para Heráclito (o al menos, dentro de la interpretación de Heidegger y Fink), de transgredirse tal límite, no solo sería una desviación a su curso normal, sino que se trataría de caer en el abismo de la oscuridad.

Otra interpretación se encuentra en el filósofo italo-argentino Rodolfo Mandolfo (1957, pp. 26 - 27), quien lo vincula con el fragmento 6 que reza “el sol nuevo cada día”, ya que para el autor el sol tiene un proceso diario necesario e inevitable que consiste precisamente en ascender desde oriente, alimentando su fuego a través de las evaporaciones del mar y la tierra hacia el cielo (obteniendo de ese modo luz y calor), y luego, cuando termina su camino hacia el occidente, sumergiéndose hacia el mar, su llama se apaga, para volver a encender el día siguiente, alimentándose nuevamente del fuego que irradia a la tierra. Este ciclo, por decirlo de algún modo, no admite transgresiones, y en caso de que el sol quisiera mantenerse encendido y quebrantar lo que se le ha impuesto, moriría a manos de las Erinias quienes tienen a su cargo su castigo, ya que la “Dike [Justicia] y las Erinias, son, pues, la personificación mítica de la necesidad de las leyes naturales” (p. 27), condición que también se proyecta en el destino individual humano y sus límites.

Pues bien, como comentario final, antes de pasar al tratamiento de San Agustín, lo que se puede extraer de ambas interpretaciones, es que el hombre tiene un destino escrito que le es revelado (por el oráculo, imagínese), y tal curso es tan necesario e inevitable como el curso que sigue diariamente el sol, siendo su infracción perseguida por las Erinias en uno y otro caso.

Iniciando con la filosofía medieval, San Agustín de Hipona desarrolla el problema del origen del mal, y se ocupa de ella en virtud del cuestionamiento a la existencia de esta y de Dios: no se entiende cómo se puede hablar de un Dios bueno, omnisciente, omnipotente, pero que al mismo tiempo, someta a los hombres por su voluntad o por su incapacidad a todas las

---

<sup>20</sup> Se utilizará en este punto la traducción que se indica en el libro de Heidegger y Fink para mantener el sentido de la misma interpretación, omitiendo la traducción de García-Bacca que es la que se ha estado utilizando en el curso de la presente investigación, que de todas maneras se dejará a continuación: “El horizonte para la aurora y el ocaso son: para la aurora la Osa; para el ocaso, lo contrapuesto a la Osa, el monte de Júpiter radiante” (García Bacca, 2012, p. 77).

calamidades naturales existentes, como las enfermedades y las catástrofes en general (Giannini, 1992, p. 116). Entonces, para desarrollar la idea de mal distingue dos tipos de males: por un lado, un mal moral, que se relaciona con el mal que se hace, por ejemplo, el comportamiento egoísta de un individuo con otro. Y por otro lado, el mal físico, que se relaciona con el mal que se sufre, a saber, los accidentes, las enfermedades, los padecimientos, las catástrofes naturales (p. 117). Vinculada con la distinción, para Agustín:

Hay males que se sufren a causa de un mal que se ha hecho, como sucede concretamente en la pena que establece la justicia en relación a una culpa. Pero, el mal que sufre un individuo (la pena) a causa de la justicia no vuelve a la justicia misma un mal. Esto que ocurre en el orden social, ocurre también para el cristiano, en el orden de la historia humana. Así, la enfermedad, la muerte, la ignorancia son males que se sufren, es cierto, pero son la pena de un mal que (históricamente) se hizo (mal de culpa) (p. 117).

San Agustín identifica la ley natural con la voluntad de Dios, es un voluntarista; ello implica que la ley positiva histórica es válida en la medida que se conforme con la voluntad de Dios. En esta línea, él pregunta a Evodio<sup>21</sup>, si acaso hay un límite por el cual “se deba castigar las malas acciones esta ley por la que se gobiernan los pueblos en la presente vida; y luego qué es lo que queda para ser castigado inexorable y secretamente por la divina providencia” (San Agustín, s.f., pp. I, VI, 14); el interlocutor le manifiesta que él cree que no existe tal límite, a lo que San Agustín concuerda, y es porque para el filósofo los castigos impuestos por la ley divina y los castigos impuestos por la ley terrenal responden a cosas distintas (y por ello mismo la segunda no debe tener en cuenta la primera): esta última se corresponde con la infracción a diversas regulaciones por las cuales los hombres se unen el uno con el otro, y la primera al castigo de un mal que se hizo, un mal que es histórico y que se vincula con el pecado original. Todo mal que acontezca al individuo y se considere como un mal impuesto por Dios, debe entenderse como el castigo justo que se ha impuesto a todo espíritu desordenado (San Agustín, 2010, p. 128).

Pasando a Santo Tomás de Aquino, hay que tener en cuenta que éste distingue entre cuatro leyes distintas: la ley divina, que es la que revela Dios a través de las escrituras, la ley eterna, que es el orden racional que Dios impuso al mundo, y del cual el hombre participa en cuanto es una criatura racional; dicha participación es lo que él llama ley natural, que consiste en el “*bonum faciendum, malum vitandum*” (hacer el bien, evitar el mal). Y finalmente, la ley humana, “es decir, el derecho positivo, estatuida por el hombre para que con la fuerza de voluntad y el temor se abstenga del mal si, a causa de las pasiones, no sigue su naturaleza racional” (Faralli, 2014, p. 18)

---

<sup>21</sup> El interlocutor de San Agustín en su libro “Del libre arbitrio”.

La ley humana es el Derecho, sin embargo, Santo Tomás reconoce mayor jerarquía a la ley natural y a la ley divina revelada por Dios. Eso sí, a diferencia de San Agustín, este filósofo reconoce validez jurídica a aquellas leyes humanas que difieran a la ley natural, ya que, aunque estas devengan en corruptas, hay que mantenerlas para evitar una perturbación social. Solo la ley humana opuesta a la ley divina se debe desobedecer (p.19).

En la cuestión 87 de su libro “Suma de Teología” se refiere al reato de la pena<sup>22</sup>, que es el castigo que está al margen de la intención del pecador. La voluntad del hombre está sometida a tres órdenes: el primer orden es el de la razón propia, el segundo orden es el del otro hombre, del que lo gobierna, y finalmente, el orden universal del régimen de Dios. Una vez que el hombre peca, pervierte cada uno de estos órdenes; cada vez que actúa contra la razón, la ley humana y contra la ley divina, incurre en una triple pena, la primera que es impuesta por sí mismo, que es el remordimiento, la segunda que es la impuesta por los hombres y la tercera, por Dios (Santo Tomás, 1993: pp. 669 - 670).

Al respecto de la pena, Codesido y de Martini (2005, p. 15) explican que para Santo Tomás “no hay dudas de que la pena es considerada algo malo para quien la padece. Cualquiera sea la forma y magnitud que adopte, (...) en todos los casos uno se halla frente a la privación de un bien, frente a algo que contraría la voluntad de quien lo sufre”.

Pero en esta teoría, igualmente se debe hacer una distinción sobre la imposición de la pena, porque la sanción que se deba imponer a los individuos dependerá de la ley infringida, en la ley humana:

No se impone pena sino sobre aquellas cosas de que el legislador puede juzgar, pues la ley impone el castigo en virtud de un juicio. El hombre, el autor de la ley humana, no puede juzgar sino de los actos exteriores, porque el hombre ve las cosas que aparecen al exterior; como se dice en 1 Re-16, 7, y sólo Dios, autor de la ley divina, puede juzgar de los movimientos interiores de la voluntad (Santo Tomás, 1993: p. 806).

Entonces, parece ser que para el teólogo ante aquellas hipótesis que se han caracterizado durante el trabajo como pena natural, no cabe ninguna consideración jurídica. Dichos supuestos se entienden como castigos impuestos por Dios en el juzgamiento de la voluntad interna de la persona, entonces, la ley humana no puede cuestionar, ni hacer suya esa pena, porque no puede juzgar sus causas.

Hobbes (1980, pp. 387 - 388), a su turno, en el Leviatán trata la situación de los males provenientes de la naturaleza, y plantea de inmediato que, dichos males o aflicciones, por más que se relacionen con el delito, no deben entenderse comprendidos por la pena jurídica. Aquí, a

---

<sup>22</sup> Más adelante se volverá sobre esto a propósito de la idea del remordimiento planteado por Silva Sánchez.

diferencia de Kant, es bastante claro que para él, aun cuando exista una relación entre daño y el delito, esta nada tiene que ver con la pena impuesta por la autoridad:

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 considerar 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 (p. 387).

No es extraño que Hobbes no considere el castigo divino como un factor a tener a consideración en la imposición de la pena, toda vez que, para el autor, la pena judicial es la que es impuesta por la autoridad pública, pues solo ella tiene el poder de defender el derecho de los súbditos, facultad obtenida al momento de que estos renuncian a su derecho de defensa, fortaleciendo el derecho del soberano con tal de que este haga lo necesario para que les asegure la preservación. Entonces, esta pena que inflige la autoridad pública solo es tal en tanto lo imponga dicha autoridad como efecto de la infracción u omisión de una ley, cuya voluntad se reafirma con la imposición del castigo (p. 386 - 387).

Finalmente, para desarrollar la idea de *poena naturalis* en Kant, es importante tener presente que para él la pena tiene solo un sentido retributivo, en coherencia con su teoría ética, él ve en la retribución una exigencia moral, vinculado con su imperativo categórico de tratar a los hombres como fines y no como medios (2001: p. 139)<sup>23</sup>. El Derecho, se articula como la coordinación de la libertad humana y una exigencia de la razón del hombre, por lo que considera que ningún delito debe quedar sin su justo castigo, pues en caso contrario, la humanidad podría condenarse al terrible destino de ver a la justicia perecer (2005: p. 166, 167)

Kant (p. 166) distingue la pena natural y la pena forense de la siguiente manera:

La pena judicial (*poena forensis*), distinta de la pena natural (*poena 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.

En general, ha sido este pasaje de la metafísica de las costumbres con el cual se comienza la explicación de la pena natural. Sin embargo, hay que tener en cuenta que Kant no desarrolla

---

<sup>23</sup> Esta es la crítica a los fines prevenciónistas de la pena, debido a que se disminuye la dignidad del reo al utilizarlo como un medio para poder lograr otro fin: ya sea, el impedir que las otras personas delinca, ya sea por medio del temor (general negativa), o por medio de la educación y la participación (general positiva) o, sea el evitar que el reo delinca por medio de su inutilización (especial negativa) o a través de la resocialización y reeducación (especial positiva).

mucho más la *poena naturalis* de lo citado, por lo que, cualquier ejercicio de interpretación imprudente de esa frase de dos líneas, puede llevar a deducir mucho más de lo que realmente se intentó plantear. En este sentido, Ruiz (2018: p. 10, 11) es muy asertivo al afirmar que tanto Hobbes como Kant consideraban que la pena natural no debe tener implicancias jurídicas. Complementando lo explicado por Ruiz, Kant, en primer lugar, establece que los legisladores no tienen en cuenta la pena natural, lo que no supone un deber de desconsideración, ya que ese “tener” va referido al complemento directo de la posesión, y esto se entiende así al distinguirse estos dos tipos de sanciones, siendo la diferencia más significativa el hecho que la pena impuesta judicialmente acontece en el plano de la previsión jurídica y la pena natural en el plano de lo extrajurídico.

En segundo lugar, lo que se castiga a sí mismo en la *poena naturalis* es el vicio, y con ello no se refiere necesariamente al delito. Se hace la distinción porque en Kant no se entienden ambas palabras como sinónimos, por lo que se debe deducir que, de la utilización de la palabra vicio, no se quiso referir a algo más que al vicio, que aunque pudiese coincidir con el delito, responden a cosas distintas, a saber, en un acápite de “La metafísica de las costumbres”, se refiere a vicio como aquello que hay que vencer para cumplir el deber, ilustrándolo como un aliciente que impide o dificulta el cumplimiento del mismo (2005, p. 228), y en cambio, delito es una transgresión intencionada, un acto deliberado contrario al deber (p. 30).

Lo que se quiere conceptualizar, es que hay distintos castigos para diversos supuestos de hecho: para los vicios, se tiene la pena natural, cuyo proceso es absolutamente ajeno al legislador, y en cambio, para los delitos, se tiene la pena judicial, y sobre la cual hay una exigencia racional humana de aplicación.

De lo planteado, entonces, no existe fundamento para establecer que Kant entendía la *poena naturalis* como una pena de reemplazo a la judicial, o que la aplicación de la *poena forensis* en un supuesto de pena natural devendría en un error, porque simplemente no lo dice, y tampoco se puede deducir de la distinción que realiza, pues, del hecho que el vicio se castigue a sí mismo no se sigue necesariamente que deviene en errónea la aplicación de la pena judicial.

La pena natural que se ilustra en su texto se refiere a su conceptualización primaria, esa que aún no posee la proyección jurídica. Kant se está refiriendo a aquellos supuestos en que a un vicio (que no necesariamente coincide con un delito) se le imputa una consecuencia que está por fuera del ordenamiento jurídico, una consecuencia que no es aplicada por la autoridad pública. Entonces, al ser una sanción que está al margen de la conmensuración judicial y racional humana, se tiene una pena que no se va a condecir con la gravedad del vicio, ni con el actuar injusto y culpable del sujeto.

El empirista inglés y el racionalista prusiano son los autores que suelen ser citados a la hora de desarrollar la pena natural en la filosofía, y aunque ya se vio que su tratamiento es más antiguo que Kant y Hobbes, de los filósofos estudiados y revisados, ninguno expresó la

posibilidad de que la pena natural tuviese alguna inferencia en la pena judicial, y ello se fundamenta en que es imposible conmensurar y compensar las consecuencias que se imputan como pena natural o castigo divino, al estar fuera del control y designio del hombre, escapando de su entendimiento y capacidad. En el caso de Hobbes, hay un reconocimiento bastante claro en que el castigo divino no es una pena propiamente tal, pues entiende que la pena reviste de tal carácter en tanto es impuesta por una autoridad pública, entonces estos daños, males o consecuencias lesivas, al estar fuera de lo que la autoridad pública impone como sanción penal, no encuentran ninguna razón para ser considerados<sup>24</sup>.

Sin embargo, y contrarios a los autores anteriores, los juristas del siglo XVIII hicieron una gran contribución respecto a este tema al intervenir en los factores que inciden en la modulación de las punitivas (es decir, en la conmensuración de la pena) (Guzmán Dalbora, 2021, pp. 277 - 278).

Francesco Carrara, de la escuela clásica, en su programa del curso de Derecho criminal, aunque no habla de la pena natural, ilustra de manera muy clara los factores que modulan las punitivas, refiriéndose, entre otros factores, a las causas políticas o extrínsecas que modifican la pena, donde explica el Derecho de gracia (causas políticas indeterminadas por la ley) y la prescripción y la confesión del reo (causas políticas determinadas por la ley). Establece que "el último fin de punir es el bien social, pero hay circunstancias especiales en que se demuestran que aplicar el rigor ordinario de la pena en un caso dado, aunque lo consienta la justicia, produciría a la sociedad un daño mayor de aquel que derivaría dejarlo impune o punir menos al reo" (Carrara, 1867, p. 421). Como se decía, aun cuando no trata la pena natural, es interesante apreciar cómo se integran factores externos del delito para la conmensuración de la pena.

De los juristas que sí reconocieron la pena natural, se encuentran Klein y a Feuerbach, quienes propugnaron el criterio de que el juez aprecie como motivo atenuante en la sanción del delito el sufrimiento que el hecho causó al hechor, incluso transformándola en otra más benigna (Guzmán Dalbora, 2021, p. 278). Klein, quien en su libro "Grundsätze des gemeinen deutschen und preussischen peinlichen Rechts", y más precisamente, en el § 174, se refiere sobre la atenuación de la pena, estableciendo en el tercer punto como causal "el tormento que el delito causó al delincuente, lo cual, por lo menos, hay que prescindir de la agravación de la pena que de otra manera hubiera sido irrogada al sujeto" (1796, p. 129). Feuerbach, a su turno, en su "Tratado de Derecho penal común vigente", al hablar sobre las causas generales de atenuación, incluye aquellas en que "el criminal, aparte de la pena por la coerción estatal, ya haya sufrido otro mal en relación con su infracción, particularmente en el caso de una prisión no culpable" (Feuerbach, 1989, p. 108).

---

<sup>24</sup> En un mismo sentido, Manuel de Lardizábal: "[la pena] no es otra cosa que el mal que uno padece contra su voluntad y por superior precepto, por el mal que voluntariamente hizo con malicia o por culpa" (de Lardizábal y Uribe, 2001, p. 20)

Aunque, como se ha visto, el tratamiento de la *poena naturalis* ha sido dispar, se puede llegar al acuerdo que, de los autores citados desde la filosofía medieval hasta el racionalista de Kant, han estado por no considerar la pena natural como un factor a considerar en la imposición de la pena y es porque la pena natural como la pena judicial no se tocan, responden a ordenes distintos, sin embargo, y en una posición contraria, juristas como Feuerbach y Klein han estado por considerarla a la hora de imponer la pena por el mal o tormento que supone la *poena naturalis*.

## **2. Escenario actual de la pena natural**

Como se había mencionado, el tratamiento de la pena natural ha sido dispar en el Derecho comparado, sin embargo, para tener un mapa ilustrativo, se analizarán las legislaciones que han incorporado la institución dentro de su regulación penal o procesal penal. Para el caso de Chile, no existe una norma que se haga cargo de las hipótesis de pena natural, por lo que se examinarán dos sentencias en que se está ante un evidente supuesto de pena natural, de modo que se evidencia la forma en que los juzgadores del país han resuelto tales casos.

### **2.1. Pena natural en el Derecho comparado**

En las siguientes líneas se intentará sistematizar la manera en que se ha regulado la pena natural en el Derecho comparado, especialmente en los sistemas jurídicos latinoamericanos y europeos, con la especial ayuda de los autores Miguel Bustos Rubio (2016), Reinhart Maurach et al (1989), Araceli Manjón-Cabeza (2008), Grace Moreno (2018) y Hans-Heinrich Jescheck (1981, pp. 1177 - 1179).

#### **2.1.1 Regulaciones que insertan a la pena natural en el proceso penal como causal del principio de oportunidad**

Ecuador

Art. 412 n°2 del Código orgánico integral penal:

“La o el fiscal podrá abstenerse de iniciar la investigación penal o desistir de la ya iniciada en los siguientes casos:

2. En aquellas infracciones culposas en las que el investigado o procesado sufre un daño físico grave que le imposibilite llevar una vida normal”.

Colombia

Art. 324 n°6 del Código de procedimiento penal:

“Causales El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

6. 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.

México

Art. 256 III del Código nacional de procedimientos penales:

“Casos en que operan los criterios de oportunidad

Iniciada la investigación y previo análisis objetivo de los datos que consten en la misma, conforme a las disposiciones normativas de cada Procuraduría, el Ministerio Público, podrá abstenerse de ejercer la acción penal con base en la aplicación de criterios de oportunidad siempre que, en su caso, se hayan reparado o garantizado los daños causados a la víctima u ofendido.

La Aplicación de los criterios de oportunidad serán procedente en los siguientes supuestos:

III. Cuando el imputado haya sufrido como consecuencia directa del hecho delictivo un daño físico o psicoemocional grave, o cuando el imputado haya contraído una enfermedad terminal que torne notoriamente innecesaria o desproporcional la aplicación de una pena;”

República Dominicana

Art. 34 N°2 del Código procesal penal:

“Oportunidad de la acción pública. El ministerio público puede, mediante dictamen motivado, prescindir de la acción pública respecto de uno o varios de los hechos atribuidos, respecto de uno o de algunos de los imputados o limitarse a una o algunas de las calificaciones jurídicas posibles, cuando:

2) El imputado haya sufrido, como consecuencia directa del hecho, un daño físico o psíquico grave, que torne desproporcionada la aplicación de una pena o cuando en ocasión de una infracción culposa haya sufrido un daño moral de difícil superación;”

Perú

Art. 2 N°1 letra a del libro primero sección I del Código procesal penal

“1. El Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos:

a. Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, culposo o doloso, siempre que este último sea reprimido con pena privativa de libertad de cuatro años, y la pena resulte innecesaria.”

Bolivia

Art.1 N°2 del Código de procedimiento penal:

“La Fiscalía tendrá la obligación de ejercer la acción penal pública en todos los casos que sea procedente.

No obstante, podrá solicitar al juez que prescinda de la persecución penal, de uno o varios de los hechos imputados, respecto de uno o algunos de los partícipes, en los siguientes casos:

2. Cuando el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho, un daño físico o moral más grave que la pena por imponerse.”

## 2.1.2 Regulaciones que insertan a la pena natural en la teoría del delito o de la pena

Alemania

§ 60 del Código penal alemán (StGB) que regula la dispensa de la pena:

“El tribunal puede prescindir de pena cuando las consecuencias del hecho que el autor ha sufrido son de tal gravedad que la imposición de una pena sería manifiestamente equivocada. Esto no es aplicable cuando el autor ha incurrido por el hecho en una pena privativa de la libertad superior a un año”<sup>25</sup>

Austria

§ 34 inc. 1, oración 19 Código penal austriaco (öStGB)

“Causas especiales de atenuación

§ 34 (1) hay una causa de atenuación especialmente cuando el autor es afectado, por cuanto él o una persona que tiene con él una relación estrecha, a través del hecho o su consecuencia, sufrió una lesión corporal o un daño a la salud considerable u otra desventaja de hecho o de Derecho de peso”<sup>26</sup>.

Paraguay

Artículo 64 del Código penal que regula la prescindencia de la pena:

“Cuando el autor hubiera sufrido, por su propio hecho, consecuencias de tal gravedad que ostensiblemente no se justificara agregar una pena, el tribunal prescindirá de ella. Esto no se aplicará cuando procesa una pena privativa de libertad mayor de un año”.

Nicaragua

Artículo 29 N°14 del Código penal de Nicaragua que lo regula como una circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal:

“Son Circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal:

14. Haber quedado el reo por consecuencia del hecho que se le imputa, con alguna deformidad, enfermedad, defecto o impedimento permanente o de mayor duración que la pena que va a imponérsele”.

Como conclusión, la pena natural ha sido ampliamente considerada como una causal de aplicación del principio de oportunidad, sin embargo, suele encontrarse con un tope: puede ser que la causal solo sea aplicable para delitos culposos o para aquellos delitos cuya pena abstracta es menor a cierta cantidad de años, y tiene sentido si se piensa que se trata de un momento en que aún no se ha iniciado una investigación, y no se ha traído a la mano determinadas

---

<sup>25</sup> Traducción del alemán por Claudia López Díaz (1999).

<sup>26</sup> Traducción propia. Texto original: Besondere Milderungsgründe.

§ 34. (1) Ein Milderungsgrund ist es insbesondere, wenn der Täter.

19. dadurch betroffen ist, daß er oder eine ihm persönlich nahestehende Person durch die Tat oder als deren Folge eine beträchtliche Körperverletzung oder Gesundheitsschädigung oder sonstige gewichtige tatsächliche oder rechtliche Nachteile erlitten hat.

herramientas y antecedentes necesarios para determinar la gravedad de la pena natural. En el próximo capítulo se desarrollará de forma más detallada este punto, pero no hay que ignorar lo poco prudente que puede resultar que sea el ente persecutor quien decida finalmente si se inicia o no una investigación si se está frente a una hipótesis de pena natural; más allá del principio de objetividad, porque el Ministerio Público investiga y persigue, pero a quien le corresponde el análisis de la gravedad de los hechos y consecuencias es a los jueces (y por eso se insiste en lo inconveniente que puede ser insertar la pena natural en el proceso penal). El principio de oportunidad suele estar previsto para casos aplicables al principio de lesividad, es decir, en aquellos actos, que aunque típicos y culpables, no dañan gravemente el bien jurídico, como es el caso, por ejemplo, cuando alguien hurta un lápiz. No tendría sentido perseguir y poner a todo el órgano persecutor a funcionar por un delito cuyo objeto es un lápiz. Entonces, aunque el principio de oportunidad ha sido la institución jurídica mayormente elegida para establecer la pena natural, no parece prudente en términos prácticos, ni científicos regularla ahí.

Por otro lado, entenderla como una circunstancia modificatoria de la responsabilidad es dudoso, ya que, perder una mano como consecuencia del actuar típico no modifica ni la culpabilidad del acto, ni su antijuridicidad, ya que precisamente se trata de hechos que están fuera de lo previsto jurídicamente. Sin embargo, hay que poner especial atención en aquellas legislaciones que regulan la pena natural como causa de dispensa o prescindencia de la pena, porque a diferencia del principio de oportunidad, dan la posibilidad de que sea el juez quien analice el hecho y lo valore jurídicamente con mayores antecedentes, sin embargo, aún queda por analizar los límites de tiempo y de qué forma en concreto se podría aplicar como una causal de renuncia a la pena.

## **2.2. Casos de pena natural en la jurisprudencia chilena**

Los dos casos que se tratarán en el siguiente acápite revisten de la especial característica de que, aun cuando los dos podrían ser considerados como hipótesis de pena natural, cada caso es completamente diferente al otro. Además de eso, se trata de causas que fueron bastante mediáticas y seguidas por la prensa del país, por lo que para quien lea, al menos uno de estos le será conocido.

### **Caso Cinthia Rojas Rol O – 170 – 2018**

Este caso es interesante porque en primera instancia se acoge la hipótesis de pena natural absolviendo a Cinthia Rojas, sin embargo, la fiscalía recurre por nulidad contra esta sentencia, existiendo un segundo fallo que, de hecho, condena a la imputada.

El día 5 de julio del año 2015 más o menos a las 5:00 horas de la madrugada, la imputada, en compañía de su hija, conducía en estado de ebriedad (posteriormente corroborado con el examen de alcoholemia, registrando 1,58 gramos de alcohol por litro de sangre) camino de vuelta a su hogar, colisionando con un tracto-camión que se hallaba estacionado en la calle Av.

Argentina (una calle principal de Arica). El incidente ocurre en el contexto de una celebración, la mujer ingiere alcohol y alcanza cierto nivel de embriaguez. Al rato, la llama su hija, quien estaba en una disco, para que pasara por ella durante la noche. Es en esa situación que toma su auto, pasa por la hija al lugar en que se encontraba, y al andar, colisiona con la rampa trasera de un camión estacionado, resultando de ello, la muerte de su hija por un paro cardiorrespiratorio después de trauma cráneo-encefálico y torácico.

El primer fallo<sup>27</sup> da por establecido más allá de toda duda razonable el acto típico del delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad con resultado de muerte, sin embargo, a pesar de que se asentó el hecho y la participación culpable de la imputada, en el considerando undécimo se dispone la absolución de la autora ya que, ya estaba experimentando la imposición de una pena natural por el padecimiento constante que suponía la pérdida de su hija por sus mismos actos.

Aunque los sentenciadores reconocieron que la institución de la pena natural no tiene regulación en la legislación nacional, ni tampoco existe un consenso a nivel doctrinario o jurisprudencial acerca de su aplicación, si es posible hallar un acuerdo en su conceptualización como un mal (propio o contra terceros) que se autoinflige producto del delito. No se desconoce que en el caso concreto existe la comisión de un injusto penal, sin embargo, se identifica que el hechor padece un castigo mucho más gravoso que aquél que se impone de manera abstracta por los legisladores, ya que la persona que la experimenta sufre recriminaciones propias, sociales e incluso jurídicas, que no se disuelven, sino que se mantienen en el tiempo, y ante eso el Derecho penal poco tendría que añadir.

Además, agregan que tres principios que intervienen en el Derecho penal se verían transgredidos de imponerse la pena que se ha previsto para el acto típico, a saber, el principio de proporcionalidad, ya que no existiría este equilibrio entre la gravedad del hecho y la sanción efectivamente impuesta al desconocerse el padecimiento y la pérdida, deviniendo en desproporcionada la pena. En segundo lugar, el principio de humanidad, que para los juzgadores, una sentencia indiferente del sufrimiento sería contraria a tal principio, al entender a la sociedad —y sus supuestas necesidades— por encima del hombre en sí. Y finalmente, el principio de intervención, que entiende que el Derecho penal se legitima a medida que protege a la sociedad, pero existen ocasiones en que se demuestra que la sanción penal es inútil para sus objetivos de protección y será en esos casos en que se deberá prescindir de esta. Considerando que la imputada no ha reincidido en el delito, que se trata de un hecho aislado en su historia de vida y de los padecimientos que sufre producto de este, una intervención penal carece de toda utilidad.

Aunque, como se señaló, no existe precepto jurídico que regule la institución, a nivel comparado, se ha citado al penalista español a Enrique Bacigalupo (1998, pp. 131 - 152) para la

---

<sup>27</sup> Esta primera sentencia fue pronunciada por la tercera sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, presidida por el magistrado Eduardo Hilario Rodríguez Muñoz, e integrada, además, por los jueces Salvador André Garrido Aranela y Gonzalo Rodrigo Brignardello Cruz.

resolución de casos similares o hipótesis semejantes. Para el autor, lo que concurriría en estos casos es una compensación de culpas, es decir, por circunstancias posteriores a la comisión del hecho, la culpabilidad primaria (es decir, la culpabilidad con la que se realizó el hecho) padece una reducción en su significado original. Esta compensación puede ser constructiva cuando se repara el mal causado, o destructiva, cuando se compensa la culpabilidad por el cumplimiento de una pena.

Aunque los sentenciadores son conscientes de que no existe norma que acoja la pena natural en el ordenamiento jurídico chileno, entienden que es posible aplicar la analogía “*in bonam partem*” del artículo 19 n°3 de la Constitución Política de la República, que establece que “ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”, de ella se deduce el carácter restrictivo para la imposición de sanciones penales (máxima sanción de un ordenamiento jurídico), pero no implica una restricción para absolver o darle un trato más benigno en la imposición de la pena. Además, tal precepto constitucional, se estatuye en razón de restringir al máximo la intervención punitiva del Estado. Así mismo, los juzgadores entienden que el presente caso podría corresponderse con el artículo 93 n°2 del Código penal que se refiere a la extinción de la responsabilidad penal por el cumplimiento de la pena, es decir, se entendería que, debido a los padecimientos que sufre la imputada (pena natural), su responsabilidad penal estaría extinguida por ya haber cumplido una pena.

Sin embargo, esta sentencia fue recurrida por nulidad, siendo revisada por la primera sala de la Corte de Apelaciones de Arica Rol N°326-2019, en la que se acoge el recurso por el artículo 373 letra b) del Código procesal penal, determinándose que el procedimiento queda en estado de celebrarse un nuevo juicio oral. El fundamento de esto último está principalmente en haber absuelto en razón de la institución de la pena natural. Los ministros de la Corte de Apelaciones fundamentan su decisión en el hecho de que se aplicaron preceptos jurídicos de manera errónea, pues, en primer lugar, la pena natural no es posible considerarla como pena para efectos del artículo 93 n°2 porque simplemente el ordenamiento jurídico chileno no lo considera como pena, y por otro lado, al no estar reconocida por la legislación, queda excluida de la analogía. Agregan además que los juzgadores de primera instancia omiten los artículos 18 y 21 del Código penal, que prescriben que “ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.”, y que “las penas que se pueden imponer con arreglo a este Código y sus diferentes clases”, y que en último caso, de haberse considerado la pena natural como institución jurídica del ordenamiento chileno, se debió haber aplicado en otra etapa del procedimiento, con el artículo 250 letra d) del Código procesal penal, que regula la extinción de la responsabilidad como causa para pronunciar sobreseimiento definitivo.

En el fallo de reemplazo<sup>28</sup>, luego de establecer los hechos que se dieron por asentados más allá de toda duda razonable —se mantienen los hechos de la primera sentencia, descritos más arriba—, los juzgadores inmediatamente rechazaron aplicar la pena natural al presente caso, esto porque no está prevista en la legislación, ni la jurisprudencia se ha pronunciado de manera uniforme sobre ella. No es posible ver como el dolor podría extinguir la responsabilidad penal y la pena, y por el contrario, la legislación del país establece penas privativas de libertad y penas accesorias, porque el hecho reviste de cierta gravedad que ameritan tal entidad de castigo.

El tribunal acoge la atenuante prevista en el artículo 11 n°9 que reza “si se ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos”, se le imputa como autora el delito de conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad con resultado de muerte, condenando finalmente a Cinthia Rojas a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, al pago de una multa a beneficio fiscal de una unidad tributaria mensual, a las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos, para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, la inhabilitación perpetua para conducir vehículos a tracción mecánica y el comiso del vehículo que conducía aquella noche.

Sin embargo, debido a que cumple los requisitos de la ley 18.216 se le sustituiría la pena privativa de libertad, por la de la libertad vigilada intensiva, quedando en suspenso la ejecución de la pena sustitutiva por un año debiendo en ese tiempo cumplir efectivamente la pena privativa de libertad, debiéndose proponer paralelamente un plan de intervención individual tendiente a la rehabilitación y reinserción social y laboral.

#### Caso Luciano Pitronello Rol O – 150 - 2012<sup>29</sup>

Aunque en el caso de Luciano Pitronello fue discutido casi como anécdota la pena natural, ya que el punto que recibió mayor atención estaba referido a la consideración de los actos de Luciano como delitos terroristas, es indudable que se está ante un supuesto de pena natural.

El primero de junio del año 2011 a las 2:24 de la madrugada, Luciano Pitronello junto a un sujeto no individualizado, arriban a la sucursal del Banco Santander de Vicuña Mackenna #1347 sobre un vehículo motorizado perteneciente al hermano del imputado, sin autorización previa de este y portando la patente de otro vehículo motorizado que tenía encargo por robo (esta patente estaba sobre la patente de la moto del hermano de Pitronello). Una vez en la sucursal antes mencionada, el imputado instala un artefacto explosivo de tipo artesanal creado en base de un extintor con pólvora negra con un temporizador como sistema de activación. Sin

---

<sup>28</sup> Fallo pronunciado por los jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, Héctor Cecil Gutiérrez Massardo, Carlos Gabriel Rojas Staub y Ana Paula Sepúlveda Burgos.

<sup>29</sup>Se intentó ante la sentencia de primera instancia el recurso de nulidad Rol 2384 – 2012 Corte de Apelaciones de Santiago, sin embargo, este fue rechazado, no existiendo modificaciones en la primera sentencia, ni en sus efectos.

embargo, al detonar la bomba, el autor resulta con diversas lesiones de diversa gravedad y provocando daños en la sucursal de hasta \$5.028.726 pesos.

Como se decía en el primer párrafo, este caso se centró en dilucidar si los actos de Luciano constituían el delito de terrorismo, ya que el hechor presuntamente realizó tales actos en reivindicación de sus ideales anarquistas, sin embargo, esta hipótesis fue desechada por el tribunal al no cumplirse con los requisitos establecidos en la ley 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad, a saber, “Colocar, enviar, activar, arrojar, detonar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo, armas o artificios de gran poder destructivo o de efectos tóxicos, corrosivos o infecciosos” (Artículo 2 n°4) y “Constituirán delitos terroristas los enumerados en el artículo 2°, cuando el hecho se cometa con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efecto de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas, sea porque se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias” (Artículo 1).

En particular, para el tribunal el hechor no actuó con la finalidad de infundir temor justificado a la población o parte de ella, cuestión que queda clara al analizar la naturaleza y efecto de los medios utilizados (la bomba artesanal), tampoco es posible establecer que los hechos obedezcan a un plan premeditado de atentar contra un grupo particular de personas (no fue probado por el ente persecutor), y es que el contexto en que el sujeto decidió perpetrar el acto (en la madrugada, en un lugar vacío), confirma que no existían tales intenciones de infundir miedo, ni de generar un gran daño. Sin embargo, lo anterior no supone mantener impune los actos realizados por el sujeto, en este sentido, los delitos que el tribunal le imputó a Luciano como autor en grado consumado fueron: art. el artículo 3°, inciso 2° de la ley 17.798 cuya pena es de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, el delito de daños cuya pena se contempla en el artículo 487 del Código penal de reclusión menor en su grado mínimo o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales y el delito consagrado en el artículo 192 letra e) de la ley 18.290 (que para el momento de la comisión se hallaba vigente) cuya pena asociada es de presidio menor en su grado medio a máximo y, en su caso, con la suspensión de la licencia de conducir o inhabilidad para obtenerla hasta por cinco años. Se agrega, además, que se aplicará el artículo 74 que establece el concurso real de los delitos y que se le aplicarán dos atenuantes correspondientes a la irreprochable conducta anterior y la reparación celosa del mal causado.

De la sentencia, no hay mención alguna a los daños que sufrió Luciano sino hasta que se le concede el beneficio alternativo de libertad vigilada del artículo 15 y ss. De la ley 18.216, ya que de cumplir la pena privado de libertad se vería afectada su recuperación de las extremidades y de la vista. Es más, de la pena natural solo se hace una mención somera y para estimar que no es aplicable al caso concreto ya que no encuentra regulación en el ordenamiento jurídico chileno.

Como se puede observar, en ningunos casos la pena natural fue considerada como causal para absolver o atenuar la pena de alguno de los dos autores, aunque se debe mencionar que en el primer caso si lo fue en un primer momento, sin embargo, tal pretensión fue derribada al momento en que la causa llega a manos de la Corte de Apelaciones de Arica, y principalmente porque no existe regulación expresa de la institución, no satisface alguno de los fines de la pena como los preventivos o retributivos, y a juicio de los ministros de la Corte, la argumentación de los jueces de primera instancia, en relación a los principios, es insuficiente para la aplicación de la *poena naturalis*. Respecto al segundo caso, mucho más no se puede agregar, ya que simplemente no se tuvo a la vista para resolver el caso, y aunque mencionado por la defensoría en su segundo alegato, la fiscalía argumenta que esta no tiene regulación en el ordenamiento jurídico chileno, cuestión que es acogida, aparentemente, por los ministros ya que no es siquiera mencionada en la parte resolutive.

### 3. Problemas conceptuales en torno a la institución

Las definiciones buscan establecer la esencia y límites de aquello que es objeto de su conceptualización. En este sentido, la pena natural en su origen no pertenece al mundo jurídico, ya se decía que en lo cotidiano se denomina pena natural a aquella consecuencia que deriva de un acto reprochable, considerándose tal consecuencia como un castigo, y en particular, un castigo que puede coincidir causalmente con un delito, y por tanto, puede ser considerada en la imposición de una pena. Sin embargo, en principio, golpear el dedo meñique del pie con el borde de la cama mientras se comete el delito de violación de morada puede ser entendido tan pena natural como el que pierde sus manos mientras acomodaba una bomba casera en un banco, por lo que, para que la institución entre al mundo jurídico, se requerirá de una elaboración conceptual de segundo grado para poder llegar a una definición aplicable a ese mundo, de manera que se pueda utilizar en el Derecho penal.

Para iniciar, es necesario aclarar si la pena natural responde a un concepto que se rige por las leyes de la naturaleza o por las normas de conducta y para ello se confrontarán dos definiciones que han abordado la institución desde uno y otro sentido. La primera definición por tratar pertenece al orden natural, donde se presupone que la institución opera bajo el principio de causalidad, y la segunda definición es de naturaleza normativa, y por tanto, ligada necesariamente al principio de imputabilidad.

Entonces, en el primero de los sentidos, se tiene la propuesta Sprotte<sup>30</sup> (2013, p. 8), quien define la *poena naturalis* como:

Un fenómeno antiguo que se asocia con ciertos comportamientos humanos. Se basa en el supuesto de que la naturaleza se venga cuando se

---

<sup>30</sup> Se hace presente que la definición de Sprotte, que se hace uso en la actual investigación, en su libro está referida al estudio introductorio de la institución.

incumplen determinadas normas. En general, se dice que todo tiene su lado negativo: el que busca lo uno tiene que aceptar lo otro. No es posible mantener solamente todas las ventajas —reales o percibidas— sino que, por su propia naturaleza, hay que tener en cuenta todos los inconvenientes y desventajas que ello conlleva.

Lo interesante de la definición es que se presenta la pena natural como si respondiera a un orden causal, del hecho A (el incumplimiento) se sigue necesariamente el hecho B (la venganza). Que sea la naturaleza (*Natur*) la que se vengue (*rächt*) o sancione al sujeto por el incumplimiento de ciertas normas (*bestimmte Regeln verstoßen wird*), da a entender que existen ciertas reglas insertas en el orden cósmico del mundo, cuya infracción supone dicha sanción. Sin embargo, es errado mantener una noción fáctica de la institución, esto porque la pena natural es normalmente considerada como un castigo (su nombre es indiciario, no se trata de una designación antojadiza), y para que haya castigo debe existir primero una norma, y para que haya una norma, se debe reconocer en ella su imperatividad con la proposición del “deber ser” inserta en ella, proposición que no se derivan de hechos descriptivos.

El descubrimiento que de las proposiciones del “ser” no se pueda derivar un “deber ser”, se debe a David Hume. Él se dio cuenta que el modo en que se formulaban los sistemas morales de su tiempo tenían ciertas similitudes entre sí; por ejemplo, aquellos que establecían la existencia de Dios (o cualquier otra afirmación similar), derivaban proposiciones relacionadas con el deber. Entonces, él se pregunta “cómo es posible que esta nueva relación [las del deber] se deduzca de otras totalmente diferentes [las del ser]” (1992, p. 634). Por tanto, lo que en resumidas cuentas explica, es que no se puede derivar de un acto descriptivo (correspondiente al plano del ser), una norma prescriptiva (correspondiente al plano del deber ser). Por ejemplo, de la regularidad de que, si se bota algo, ese algo cae al suelo, no supone que las cosas tengan el deber de someterse a la ley de gravedad (pp. 633 - 634).

En un sentido normativo, Silva Sánchez retrata la pena natural como cualquiera de las consecuencias lesivas que sufre el agente por azar (de modo fortuito) como efecto (imprevisible e inevitable) imputable a su actuación (2014, p. 1).

La manera de conceptualizar la institución es muy asertiva, porque deja de manifiesto que se tratan de dos hechos distintos e independientes entre sí, y que la relación entre ambos se forma en virtud del principio de imputación: la única manera en que se puede considerar que el hecho lesivo (X) y la conducta (Y), ambos independientes entre sí, se hallen relacionados, es que el hecho (X) se impute posteriormente como consecuencia de la conducta (Y).

No hay una ley de causalidad entre el mal y la pena natural, no existe un hecho que sea consecuencia necesaria cuando, por ejemplo, los sujetos realizan actos avariciosos. Se podría ser cincuenta veces avaro, y los resultados serían cincuenta hechos adversos y distintos entre sí, de los cuales ninguno se sigue necesariamente del acto de ser avaro. Pero, lo que sí sucede es que,

de dos hechos que le suceden a un sujeto, tales como: (A) tener una actitud avara y (P) volverse súbitamente pobre, el individuo reconozca en el hecho (A) una actitud reprobada, por ejemplo, por la moral, y, por tanto, le impute el hecho (P) como castigo.

Del razonamiento anterior, se desprende que la institución tiene naturaleza normativa, lo que facilita la construcción de un concepto jurídico de pena natural, ya que el Derecho también es de naturaleza normativa.

El meollo del asunto ahora es cómo se proyecta ese concepto al mundo jurídico, cómo a partir de este puedo construir un concepto utilizable para el Derecho Penal. Pero, para ello, se insiste, es necesario tener a la vista que la *poena naturalis* cobra relevancia para el Derecho en la medida que esta coincide con los elementos descriptivo de los tipos, dicho de otro modo, cuando la hipótesis de pena natural se corresponde con un supuesto típico de un delito. Es a partir de esta situación que se hace necesario un concepto, pues, es posible que el sufrimiento que causa la *poena naturalis* en el hechor, torne a la pena jurídica impuesta (o a imponer) en una pena inhumana o cruel, cuya prohibición se halla en el Derecho Internacional en el artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pero también en el Derecho nacional en el artículo 1 de la Constitución Política de la República al establecer “que todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y en el artículo 19 N°1 inc.4 que prohíbe todo apremio ilegítimo.

El principio de humanidad de las penas reclama el hecho de que “aun cuando la pena es un mal<sup>31</sup> impuesto al condenado, que importa la privación o restricción de algún derecho, el reconocimiento de la dignidad de la persona humana exige que no hayan de imponerse penas crueles o degradantes” (Náquira, 2008, p. 26). En correspondencia con Zaffaroni, Alagia y Slokar (2006: p. 743):

No puede ser indiferente al juez que el autor de un robo haya perdido la mano por la explosión del arma o haya sido gravemente herido durante un hecho policial de prevención directa, como tampoco si el autor de un homicidio culposo sufre la pérdida de un hijo o de toda su familia.

Sin embargo, la construcción de un concepto de pena natural que sea útil para la elaboración de una respuesta jurídica ante las situaciones en que la imputación de una *poena naturalis* y la imposición de una pena judicial, implique imponer una pena cruel y por tanto, prohibida por el Derecho por el principio de humanidad, no está exenta de dificultades, pues algunos de los escollos de la elaboración de un concepto jurídico de esta institución, tienen que ver con que en la tradición filosófica —ya revisada— la pena natural no ha sido considerada ni como pena jurídica (o una pena análoga a ella), ni como un factor a tener en cuenta para

---

<sup>31</sup> La idea citada es correcta, sin embargo, la pena no es un mal, porque bien y mal tienen una carga moral y no se relaciona con el mundo jurídico. Al respecto: Hegel (1969, pp. 107 - 108), Rivacoba (2015, p. 17) y Guzmán (Guzmán Dalbora, 2015, p. 133)

imposición de la pena, ni tampoco hace un gran favor que ni la jurisprudencia, ni la doctrina se ponga de acuerdo a su posible naturaleza jurídica.

Es por el problema anterior, que será necesario determinar, en primer lugar, el límite de la pena natural respecto a la pena judicial, es decir, como se delimita la institución (su extensión) respecto a la pena en cuanto a qué daños se pretenden abarcar y qué personas se considerarán para aplicarla. En segundo lugar, cómo se relaciona la pena judicial con la pena natural, considerando la doctrina de la inconmensurabilidad.

### **3.1. Extensión de la pena natural**

#### **3.1.1. Extensión de los daños en las hipótesis de pena natural**

La pena natural ocasiona un daño, que como ya se decía en las líneas precedentes, es producto de un delito. Sin embargo, no todos los daños producto de este pueden constituir una hipótesis jurídica de *poena naturalis*, por lo que cabe distinguir. Se tratarán dos tipos: los daños físicos y los daños morales.

Los daños físicos son aquellos que se vinculan con “el efecto pernicioso externo que recae de forma directa en el autor del hecho punible” (Moreno, 2018, p. 111). Se trata de aquellos casos en que el hecho producto de su actuar antijurídico resulta él mismo con lesiones graves, como fue el caso citado del joven anarquista en Santiago que, con la intención de hacer explotar una de las sucursales del Banco Santander a través de un artefacto explosivo, luego de una mala maniobra, el artefacto estalla en sus manos perdiendo con el acto su mano derecha y varios dedos de la mano izquierda. Es decir, aquellos casos en que, a consecuencia del delito, el sujeto sufre daños graves a su integridad física o corporal.

Por otro lado, los daños morales se relacionan con aquellos en que “el efecto lesivo recae en una persona distinta a la del autor, pero respecto a la cual está ligado afectivamente, que siente el perjuicio sufrido por esta como el suyo propio” (Bobadilla, 2016, p. 553). En esta hipótesis el sujeto activo, por causa de su propio actuar, genera un daño a un tercero con el que mantiene una relación de amor filial, de amistad o de afecto de carácter amoroso, como aquel caso también citado del padre en Santiago que luego de una jornada de trabajo en un establecimiento educacional, se percató que había olvidado a su hijo de dos años en la parte trasera del auto, provocando su muerte por deshidratación.

En relación a este tipo de daños, se cuestiona si acaso se pudiera considerar el remordimiento como una hipótesis de *poena naturalis*, y por tanto, se tenga consideración por los tribunales penales con “el fundamento de que el remordimiento —o cargo de conciencia— es efectivamente algo más que la conciencia de haber obrado mal; es precisamente el sufrimiento derivado de esa ausencia de paz con uno mismo” (Silva Sánchez, 2014, p. 2), esto, vinculándolo con el pensamiento kantiano respecto a la situación de que todas las personas, en su interior,

deben presentarse ante el tribunal de la conciencia moral, que es “la razón práctica que muestra al hombre su deber en cada caso concreto de una ley, absolviéndolo o condenándolo” (Kant, 2005, p. 256), y de cuya resolución no se puede escapar, dependiendo de ella su felicidad.

El remordimiento, en tales circunstancias, sí se puede comprender dentro de los daños morales, toda vez que ese cargo de conciencia que se genera en el sujeto es producto del daño que otra persona sufre por culpa del mismo sujeto, pudiéndose incluir como una hipótesis de pena natural, sin embargo, aquello no implica que necesariamente el Derecho lo deba abarcar. Estimar el remordimiento como una hipótesis jurídica de pena natural, es confundir el orden jurídico y el orden religioso, esto porque el remordimiento al que se refiere Silva Sánchez proviene del Tomismo; específicamente de su Suma de Teología en la cuestión 87, capítulo que aborda el reato de la pena: la voluntad del hombre está sometido a tres órdenes, al orden de la razón propia, al orden de otro hombre de afuera y el orden universal del régimen divino, y en tanto el pecador obra contrario a cada uno de estos ordenes, incurre en una triple pena, siendo la primera el remordimiento de la conciencia, la segunda, la de los hombres y la tercera, la de Dios (Santo Tomás, 1993, pp. 669 - 670). Entonces, lo que se intenta introducir como hipótesis de *poena naturalis* es esta primera pena, cuya raíz, ya se decía, es Tomista, y nada tiene que ver con el orden jurídico.

Con todo, desde cierta perspectiva, el Derecho si considera el remordimiento para atenuar la pena, pero en tanto es exteriorizado con actos, como lo se puede ver en las atenuantes del artículo 11 N° 7, 8 y 9. Lo que sucede con los daños morales o físicos antes mencionados, es que revisten de un carácter especial, no es cualquier vínculo, ni cualquier daño, sino solo aquellos en que presumiblemente ocasionará al sujeto un sufrimiento insoportable, o lo suficientemente insoportable como para que torne la imposición de la pena judicial en una pena inhumana.

En esta revisión de los daños abarcados por la pena natural, se omiten aquellos relacionados con el patrimonio o de otra índole<sup>32</sup>, a los cuales se refirió Zaffaroni et al en su manual (2006, pp. 743 - 744). Su omisión se fundamenta en que, los daños que deben ser considerados por el Derecho como hipótesis de pena natural, deben revestir de una gravedad superior, deben generar un sufrimiento intolerable, pues de otro modo, la imposición de la pena judicial no devendría en inhumana, y por tanto, la discusión de la aplicación o no de una hipótesis de pena natural jurídica devendría en inocua. A partir de ello, se hace necesario realizar una ponderación de bienes en juego, pues no toda pérdida grave de cualquier bien jurídico supone (o debe suponer) el mismo sufrimiento, por ejemplo, entre los bienes de la vida, la integridad corporal y el bien de la propiedad, la jerarquía de los primeros es evidentemente mayor que el de este último: el sufrimiento por la lesión grave de la integridad corporal o la destrucción de la vida no se equipara con el sufrimiento que ocasiona la lesión o destrucción de la propiedad. El fundamento de lo anterior se puede encontrar en Kant cuando formula el imperativo práctico:

---

<sup>32</sup> Como aquellos daños que suponen la pérdida de la investidura pública.

“obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio” (2001, p. 139); de ella se deduce que el bien jurídico de la vida y de la integridad corporal, al ser el sustento material de la humanidad, y por tanto un fin en sí mismo, no pueden equipararse al bien jurídico de la propiedad que protege las cosas, y que por tanto son un medio. En esta relación, el Derecho no puede extender la hipótesis de la pena natural a esos tres bienes, porque de hacerlo, estaría equiparando el sufrimiento de la pérdida patrimonial al de la pérdida de la vida y a la lesión de la integridad corporal, homologando un bien cuyo fin es la protección de medios, a los bienes cuyo fin es la protección de fines en sí mismos.

### **3.1.2 Personas abarcadas en los supuestos de pena natural**

Otro punto a discutir es a propósito de los daños morales, se refiere a si acaso, la pena natural debe abarcar solamente aquellos casos en que existe una objetiva relación entre el hechor y la víctima del delito (Coscia, 2000, p. 17), regulándolo de una manera similar a como se establece, por ejemplo, la eximición a la pena del encubrimiento del artículo 17 del Código penal: “los que lo sean de su cónyuge, de su conviviente o de sus parientes por consanguinidad o afinidad en toda línea recta y en la colateral hasta el segundo grado, de sus padres o hijos”. Se trata de establecer de manera objetiva los vínculos sobre los cuales a una persona se la puede perdonar o eximir por pena natural, debido a que normalmente son esas uniones con las que se mantienen lazos de afecto o fraternidad.

En las posibles hipótesis en que el Derecho perdona al hechor de un delito por pena natural, lo que se busca es evitar que la pena se torne una tortura, en desproporcionada e irracional, en suma, aspira a evitar que transgreda el principio de humanidad de las penas, y se entiende que la pena deviene como tal cuando por efecto directo del delito el sujeto sufre un daño moral a causa del sufrimiento ocasionado a aquellas personas con las cuales mantiene una relación afectiva de algún tipo, siendo esencial la existencia de dicho vínculo, ya que de no existir, no tendría sentido hablar de pena natural, porque no existiría este daño moral grave. Entonces, en esta línea, regular de una manera objetiva las relaciones que se entienden abarcadas por la institución, ocasionaría, por un lado, excluir los lazos de amistad que pueden llegar a ser tan profundas como cualquier relación filial, además de excluir relaciones de pareja no reguladas por el Derecho. Por lo que, aquellos casos en que, por ejemplo, el actuar imprudente del sujeto que va en el auto manejando con sus amigos de la infancia, y producto del alcohol, choca con un árbol resultando con ello la muerte de sus amigos, sería predecible suponer que se verá en una situación similar a la planteada respecto al caso que se desarrollaba en el segundo acápite sobre la madre y de la hija.

Por otro lado, obliga a asumir que de los lazos sanguíneos necesariamente se forman afectos o aficiones, en circunstancias de que no siempre se producen. Por lo que no tiene sentido, por ejemplo, que un padre ausente alegue pena natural ante un accidente en el que fortuitamente mató a su hijo, si su relación no reviste de ese especial vínculo de afecto.

Entonces, lo que interesa tener en cuenta es el afecto y el impacto emocional que experimenta el sujeto por la pérdida culpable que sufre.

### **3.1.3. Extensión de los supuestos de pena natural a delitos dolosos y delitos culposos**

Respecto a la extensión de la culpabilidad, es decir, de la aplicación de la institución ante delitos cometidos con dolo o culpa, se tiene dos tipos de posiciones: quienes estiman que solo se debe tener en cuenta la culpa, y por el contrario, quienes entienden que se debe considerar tanto el dolo como la culpa en las hipótesis de pena natural. En el primer grupo es posible mencionar de ejemplo a Jakobs (1995, p. 313), quien reconoce que:

En la imprudencia, el autor soporta un riesgo natural que no es común en el dolo: el riesgo de que incluso él pueda resultar dañado, u otra persona cuyo daño el autor padecería como propio. Mientras que la imprudencia no se nutra de un desinterés específico (...), sino de una falta de una atención no dirigida, general, difusa en sus consecuencias, está gravada con el peligro de una *poena naturalis*, y este riesgo de autodaño, disminuye la importancia del autor importancia del autor imprudente frente al doloso.

En Jakobs se considera la hipótesis de *poena naturalis* solo en los delitos culposos, pero no por motivos políticos criminales<sup>33</sup>, sino porque él entiende que la *poena naturalis* es un riesgo de la imprudencia, porque en este tipo de delitos, el sujeto no tiene conciencia de los efectos que generan sus actos, a diferencia de quien actúa con dolo; no es que no se pueda aplicar supuestos de pena natural en los delitos dolosos, sino que, en los delitos dolosos, por el control que tiene el sujeto de sus actos y sus efectos, no podría haber tal riesgo (Jakobs, 1992, pp. 1058 - 1059)

En el segundo grupo, que defiende que la pena natural abarca la pena y el dolo, se ubican, entre otros, autores como Choclán Montalvo y Orlando Coscia. Sin embargo, para ambos la aplicación de la pena natural tanto en los delitos dolosos como en los culposos no es ilimitada, sino que establecen pautas diferenciadoras entre una y otra especie de la culpabilidad y la gravedad del delito para la aplicación de la institución. Coscia (2000, p. 16), por ejemplo, ve apropiado dispensar los casos de homicidio y lesiones culposas (con el objeto de que no se sustraiga completamente del sistema), pero, en los delitos dolosos, excluye a aquellos casos que tienen una gran significación de dañosidad social, como los delitos vinculados al terrorismo y al narcotráfico. En una posición similar, Choclán Montalvo establece que “lógicamente la pena natural reducirá la necesidad de la pena forense en menor medida cuando el hecho cometido sea un delito grave” (1999, p. 10).

---

<sup>33</sup> Como si serán los motivos de Choclán y Coscia que se verá en seguida.

Sin embargo, comprendiendo que el fundamento para considerar la pena natural y su aparejado sufrimiento en el orden jurídico es el principio de humanidad, resulta indiferente la culpabilidad y el bien jurídico en cuestión para la aplicación de la presente institución. Se busca regular jurídicamente la pena natural, porque se aspira a evitar que las penas contravengan el principio de humanidad, cuando estas se convierten en una tortura para el hechor, por lo que no es plausible que se realice esta diferenciación y se permita que una pena se torne irracional y desproporcionada en relación con el delito cometido con el fundamento de que dicho acto típico tiene una significación de dañosidad social alto. Por las mismas razones, tampoco es atendible que sea aplicable una pena inhumana cuando el hechor actúa con dolo y no con culpa porque en el delito doloso el sujeto tiene control de principio a fin del nexo causal entre los actos y el resultado típico no siendo posible en este tipo de delitos la pena natural, como planteó Jakobs, ya que, casos como el planteado en algunas líneas anteriores sobre el joven anarquista, dan cuenta que si cabe pena natural en los delitos dolosos, una hipótesis de pena natural puede estar referida a un cruce de circunstancias que nada tiene que ver con el control o no del nexo causal, por ejemplo, otro caso puede ser citado es el de violador de morada que en el momento de escape, cae desde la altura y queda tetrapléjico: el sujeto realizó un supuesto de hecho típico con dolo, pero igualmente sufrió una pena natural.

Resulta contradictorio instaurar una búsqueda del cumplimiento del principio de humanidad, estableciendo mecanismos tendientes a soslayar las penas inhumanas, pero al mismo tiempo estatuir criterios diferenciadores que contradicen la razón de ser de la institución, pues, los Derechos Humanos, cuya premisa básica es “todo ser humano es persona”, halla su base óptica en la realidad biológica del ser humano, nadie puede burlar, ni ignorar que, aun cuando el concepto de persona sea una construcción jurídica, esta se edifica sobre la realidad del ser humano” (Zaffaroni, 2016, p. 81), por lo mismo, aun cuando se haya cometido un delito con “mayor dañosidad social”, la persona no deja de estar protegida por el principio de humanidad, pues no deja de ser humano. Ya se habló extensamente sobre este punto en el primer capítulo —como se expresa en el párrafo anterior—, pero no resulta un exceso el insistir que la idea de humanidad del Derecho se funda en una proyección de este carácter distintivo del hombre, que permite reconocerse en el otro con todos los efectos que conlleva.

### **3.2 La doctrina de la inconmensurabilidad**

Una de las particularidades del objeto de estudio tiene que ver con que, aun cuando en su nombre lleva la palabra pena, esta no se condice con sus características, a saber, la *poena naturalis* no es una pena propiamente hablando. Por lo que su consideración en la pena jurídica entraría “en colisión con la doctrina de inconmensurabilidad. Esta parte de que la pena estatal no resulta susceptible de ser sometida a compensación relativa con otros fenómenos de origen no estatal. Ni siquiera con aquellos fenómenos no estatales de estructura reactiva y efecto lesivo” (Silva Sánchez, 2018, p. 139).

La doctrina de la inconmensurabilidad es un planteamiento que tiene su origen en la filosofía de las ciencias, en particular, con Paul Feyerabend y Thomas Kuhn. Estos autores toman la inconmensurabilidad de la geometría, que significa la inexistencia de una unidad común de la medida con lo que medir dos longitudes, por ejemplo, el área de un círculo es inconmensurable, ya que, al calcularla a través de su fórmula, se advierte que se debe multiplicar el radio elevado a dos por pi ( $A = \pi r^2$ ), siendo pi un número irracional, y por tanto, inconmensurable (Kuhn, et al., 2015, pp. 106 - 107)

En este sentido, Thomas Kuhn en 1947 se da cuenta que la historia de las ciencias es discontinua y no acumulativa, él se adentra a la física de Galileo, y en su estudio, decide revisar a Aristóteles y advierte que la física de ambos era completamente distinta, y aunque la teoría — vista con ojos actuales— de Aristóteles no planteaba ninguna pregunta relevante, ni ninguna respuesta era realmente correcta, estaba dotada de pleno sentido y coherencia. Entonces, repara que la historia de las ciencias no es una historia acumulativa como hasta ese entonces se creía, sino que existen revoluciones que cambian el paradigma científico. Por ejemplo, hay un paradigma científico en Galileo y hay otro paradigma científico en Aristóteles, ambos paradigmas son inconmensurables entre sí, porque hay un cambio en el lenguaje, de técnicas y criterios, y ya no existe un lenguaje neutral con las que puedan ser traducidas<sup>34</sup>. Entonces, el científico, el pensador o quien se acerque a dos paradigmas científicos distintos, no tiene como compararlas ante la ausencia de este lenguaje común (Kuhn, 2010, pp. 9 - 10). Por ejemplo, en las teorías sobre los fines de la pena, las teorías retribucionistas y las teorías de prevención son dos distintos paradigmas, la primera ve la pena como fin en sí mismo y la otra ve la pena como una herramienta, como un medio para alcanzar un fin, en ambas teorías no hay un lenguaje común, el objeto de estudio de ambas —la pena— tiene un sentido diametralmente distinto en una y otra, por lo mismo, para Kuhn, no hay forma de conmensurarlas, ni por tanto, estimar cual es mejor que la otra.

La inconmensurabilidad para Kuhn, entonces, se refiere al “hecho que en el caso de las teorías no existe algún lenguaje común dentro del que dos teorías puedan encontrar plena expresión y que pueda, por tanto, ser usada en una comparación puntual entre ellas” (Kuhn, et al., 2015, p. 106).

Aplicado al Derecho penal, y en particular, con relación a la *poena naturalis*, se pueden predicar dos posiciones: la de Jesús-María Silva Sánchez, quien establece que en aquellas circunstancias en que se advierte un elemento específicamente punitivo (reactivo, retributivo) con las que existe cierta similitud estructural con la pena, se puede hablar de equivalencia funcional en alguna de las dimensiones que el autor propone, a saber, en su dimensión fáctica y comunicativa, negando la tesis de inconmensurabilidad entre pena y pena natural (Silva Sánchez,

---

<sup>34</sup> Por eso mismo, cuando se intenta explicar una teoría superada por una revolución posterior, se debe expresar contextualizado al momento histórico en que se dio esa teoría, aprendiendo —no interpretando— el uso propio del lenguaje en esa teoría en particular.

2018, p. 140). O bien, la posición de Sprotte para quien la pena natural y la pena son inconmensurables entre sí.

Para Sabrina Sprotte (2013, p. 22), la pena natural es ajena a la sanción penal estatal, ambas difieren en sus características esenciales. En efecto, manifiesta que la primera suele implicar un deterioro de la integridad física, en contra posición a la sanción penal moderna del Derecho alemán, que consiste en una pena de prisión, de multa o una pena accesoria (por ejemplo, la prohibición de conducción)<sup>35</sup>.

En este sentido, Sprotte confronta la pena judicial con la *poena naturalis*, y de ese enfrentamiento logra ilustrar cómo no existe una relación conceptual entre la una y la otra. Y aunque lo hace en consideración del Derecho penal alemán, tal comparación también es posible hacerlo desde el Derecho penal chileno.

Desde una concepción dogmática de la pena, el Derecho chileno vigente, "es una pérdida o limitación de determinados bienes jurídicos, impuestas según la ley por los órganos jurisdiccionales y en sentencia firme, al individuo que ha sido declarado responsable de un delito" (Guzmán, 2009, p. 33)

De dicha definición se desprenden que las características de las penas son:

- i. Su fuente siempre es la ley, y por tanto, el juez no puede modificar de manera arbitraria la duración, el contenido o la circunstancia de ejecución que se establecen en la ley. Por otro lado, una pena se impone, en la medida en que es consecuencia de la declaración realizada jurisdiccionalmente con las garantías debidas.
- ii. Que la pena para ser impuesta requiere de una sentencia firme.
- iii. Solo el individuo puede ser el sujeto pasivo de la pena (artículo 58 del Código penal).

Estas características, Sprotte (2013, pp. 23 - 24) las confronta con la pena natural y responde que esta, a diferencia de la pena judicial, no tiene previsión legal y se aplica de manera "automática", pues es el delito el que castiga al delincuente y no la autoridad legalmente establecida, quien a través de la sentencia penal impone penas. Es por ello mismo, que la *poena naturalis* no conoce el proceso formalizado, ni la determinación de la responsabilidad penal en el sujeto; no existe este juicio social y ético, porque, y aunque repita la idea ya planteada, la imposición de esta pena natural es automática al delito, no media un proceso de ningún tipo. En consecuencia, tampoco se resguardan garantías en su imposición, el principio de inocencia, la individualización de la pena, son Derechos del imputado obviados u omitidos a la hora de la imposición de la pena natural.

A todo aquello, se suma el hecho de que, no respeta los principios que están en la base del sistema penal, como el principio de legalidad, de culpabilidad y proporcionalidad, pues, no

---

<sup>35</sup> También aplicable al Derecho chileno, con el artículo 21 del Código Penal.

se impone la pena natural por el incumplimiento de una norma previamente establecida, sino que, su producción es por la pura causalidad entre la acción y el daño, imponiéndose de manera arbitraria, sin tener mayor armonía entre el hecho y la sanción impuesta (p. 23, 24).

Tampoco existe un órgano que esté detrás de ella cuidando que sus sanciones sean moderadas o acordes a la infracción, al respecto, Sabrina plantea el ejemplo del ladrón que entra a distintos departamentos a través de la fachada en busca de joyas, y que, en uno de sus intentos cae y sufre heridas lo suficientemente graves para terminar en silla de ruedas. La pena impuesta por la *poena naturalis* es la discapacidad, sanción bastante más grave a la establecida en el § 243 N°1 del Código penal alemán, cuya penalidad es la pena privativa de la libertad de tres meses hasta diez años (pp. 23 - 24).

Finalmente, transgrede el respeto a la dignidad humana, o el principio de humanidad de las penas, al imponer sanciones que violan la integridad física del sujeto, pues sus castigos suelen ser corporales, sin siquiera existir una condena previa (p. 23). Lo que ilustra Sprötte es que la pena natural no tiene ningún punto de encuentro con la pena judicial, más que el carácter de que ambas son castigos que se infligen a un sujeto.

En particular, aquello que distingue a la pena del resto de tipo de castigos, está referido a las siguientes dos singularidades: en primer lugar, “se trata de un cierto corolario desfavorable que el Derecho vincula a la violación de un deber, violación que en el caso de la pena se radica en un acto de mayor intensidad antijurídica según el ordenamiento examinado” (Guzmán Dalbora, 2015, p. 133). En segundo lugar, es una sanción pública, es impuesta por el Estado, en su relación jurídico-punitiva con el sujeto activo.

Entonces, es bastante claro que la pena natural no es una pena. Sin embargo, es innegable que la primera pertenece al mundo de las sanciones. Su nombre, aunque es poco adecuado, es indiciario respecto a su misma naturaleza. Si se entiende que la sanción es una consecuencia a un incumplimiento de un deber<sup>36</sup>, es posible considerar que la estructura de la pena natural como tal, pertenece al de la sanción, y en particular, de una sanción que viene aneja al delito.

Reforzando la idea anterior, cuando el profesor Mañalich explica en uno de sus artículos la formulación de Beling respecto de la pena como artefacto ideológico, dice que no hay tal cosa como una *poena naturalis*, lo que es cierto. No existe una pena natural en el sentido de artefacto ideológico. El profesor esclarece al principio que se entenderá por producto ideológico como el cuerpo físico que además refleja y refracta una realidad que está afuera de ella, y esta “solo es reconocible en referencia al distintivo «material social de signos» producido a través del proceso creativo de la comunicación humana” (Mañalich, 2015, p. 7), entonces Beling dice que la pena

---

<sup>36</sup> Se ha modificado la definición que corresponde a García Maynez, omitiendo los aspectos jurídicos de la misma (García Maynez, 1964, p. 295).

adquiere tal significación cuando socialmente hay una conexión entre el encierro de una persona en una celda y la representación que se tiene del mismo encierro (p. 8)

En la pena natural no se tiene tal cosa, no hay un instrumento material, un cuerpo físico, que además de representarse a sí mismo, represente una realidad ajena que caracterice la pena natural, no hay un artefacto semiótico con que la se pueda simbolizar, porque precisamente nuestra institución se tomará como tal en la medida de que el sujeto de los hechos (A) y (B), considere al hecho (B) como un mal imputable del hecho (A), no existiendo tal reconocimiento colectivo por la variabilidad y subjetividad de los castigos de la pena natural.

Hay pena natural en la medida en que se valore como negativos dos hechos relacionados en virtud del principio de la imputabilidad<sup>37</sup>, y esa valoración siempre es individual, porque lo que para algunos es el mayor de los bienes, para otro puede ser el peor de los males e imputar ese mal como pena natural de otro hecho. Es por ello por lo que no existe tal nivel de identificación que sí se puede verificar que hoy tiene el encierro de un humano en una celda<sup>38</sup> y la pena. Sin embargo, ello no excluye que la pena natural pueda ser considerada una sanción extrajurídica.

Cerrando el punto, aunque la pena natural no es una pena, sí es posible considerarla como un castigo, cuestión que no puede ser indiferente al Derecho, más aún si se entiende que tal castigo está directamente vinculado al delito por un nexo de imputación (y causal). Sin embargo, ya se ha dicho, la pregunta es ¿qué concepto se utilizará para poder insertarla en el mundo jurídico, y por tanto, desarrollar correctamente el tercer y último capítulo de este estudio acerca su naturaleza jurídica? ¿Cuál será el puente o el lenguaje común para desarrollar y unir ambas teorías? Por ahora, lo que es claro, es que el punto de encuentro está dado por el hecho de que ambas son una sanción, con la diferencia de que la pena natural debe ser entendida necesariamente como un mal.

Ruiz Miguel, caracteriza la pena natural con un concepto que reza de la siguiente manera: “cualquier daño físico que el autor de un delito sufre independientemente del proceso judicial como consecuencia inmediata de su propio delito” (2018, p. 6). Sin embargo, esta definición parece incompleta, pues, al referirse a los daños, expresa que pena natural es cualquier daño físico, excluyendo por un lado los daños morales, y abriendo paso, con la utilización del pronombre "cualquiera" a todos los daños físicos, que para efectos prácticos trae el problema de flexibilizar la aplicación de la institución, por ejemplo, a propósito de un robo, el hechor resulta levemente herido en un dedo, por tanto, tiene un daño físico, bajo el parámetro de "cualquier daño", el sujeto sí podría alegar pena natural, pues en abstracto sí hay un daño que se sigue del delito. Sin embargo, como se planteó en el acápite segundo y tercero, la búsqueda de una aplicación de esta institución tiene sentido, toda vez que el daño que genera el delito es tan

---

<sup>37</sup> O de causalidad si se considera la definición planteada al inicio de Sabrina Sprotte (2013: p. 8).

<sup>38</sup> A modo de ejemplo, porque existen otras modalidades de pena.

insoportable que la imposición de una pena judicial convertiría en inhumana tal pena. El dolor que genera una herida leve en el dedo no genera un dolor insoportable para el sujeto, por ello mismo, se desiste de utilizar esta definición, pues, por lo expuesto, se requiere más precisión para plantear los daños.

Por otro lado, el concepto Choclán Montalvo que la desarrolla como “aquella situación en la que el autor de un hecho punible, como consecuencia inmediata de su realización y por causas naturales o no jurídicas, ha resultado con un daño grave en su persona o bienes, daños que ha sido producido por el propio reo” (1999, p. 1910), sin embargo, tiene el defecto de referirse de manera muy genérica a los daños, y no queda lo suficientemente claro a qué daños se está refiriendo, pues, no incluye a las personas abarcadas por el daño moral, como para concluir que de la palabra daño se refiere a los físicos y a los morales. Además, incluye dentro de la definición a los daños a los bienes, que, como se plasmó al inicio de este tercer acápite, el Derecho no puede reconocer en esa pérdida el mismo sufrimiento insoportable que le reconoce a la pérdida de la vida y el detrimento a la integridad corporal.

Zaffaroni *et al*, lo define como “mal grave que se autoinflige el autor con motivo del delito, o que sea impuesto por terceros por la misma razón” (2006, p. 743), porque, aun cuando “es una definición acertada y sencilla que permite tener una primera aproximación a la institución, carece de una caracterización del mal constitutivo de la *poena naturalis*, pues no cualquier mal puede caber dentro de los supuestos en análisis” (Bobadilla, 2016: p. 551). Es una definición amplia, pero demasiado, porque como dice el autor recién citado, no todo mal constituye *poena naturalis*, extendiendo el comentario de la definición anterior, no todo daño constituye una pena natural que deba ser considerada por el Derecho.

El concepto de José Luis Guzmán (2021, p. 278), en cambio, lo delimita a aquellos “daños y pérdidas graves e irreparables que el sujeto activo, o personas a él muy próximas por vínculos familiares, de amor o amistad, sufre como efecto directo del proceso ejecutivo de uno o varios delitos”, que presenta la ventaja de delimitar la *poena naturalis* a los daños y pérdidas graves, excluyendo de tal modo, toda pérdida patrimonial, pues, como él mismo expresa, aquello es recuperable. Además, limita el daño a su gravedad, pues, no puede ser cualquier daño, debe tratarse de uno grave o lo suficientemente grave para que la imposición de la pena devenga en una tortura o en inhumana. Determina la extensión de las personas afectadas por el daño moral, desechando la hipótesis de que esta debiese estar determinada, por ejemplo, por lazos consanguíneos, y a cambio pone el acento al vínculo afectivo que mantienen los sujetos. Sin embargo, es necesario agregar a esta definición el punto sobre la culpabilidad, a saber, que la pena natural admite tanto el dolo como la culpa.

Entonces, para el desarrollo del siguiente capítulo se entenderá como pena natural como *aquel mal producido por la pérdida o el daño físico o moral grave, que se produce a consecuencia directa de la ejecución de uno o varios delitos culposos o dolosos, que afectan a su autor o a personas próximas a él vinculados por lazos filiales, de amor o amistad.*

Se reproduce todo lo dicho anteriormente respecto a la extensión de la pena natural tanto en los daños, en las personas abarcadas y en la culpabilidad, y se reitera la idea de que necesariamente la pena natural debe ser considerada un mal grave. Si bien, y como se delimitó anteriormente, la pena no es necesariamente un mal, porque esas categorías —el bien y el mal— no responden a las valoraciones jurídicas, la pena natural necesariamente debe ser concebida como un mal grave, ya que es el sufrimiento insoportable que ésta produce lo que hace inhumana la imposición de la pena.

### **III. La pena natural en el sistema del Derecho penal**

La pregunta que es objeto de la presente investigación tiene tres etapas. La primera se plasmó en el primer capítulo que intentó dilucidar el contenido del concepto de humanidad o lo humano y cómo esta se constituye como idea del Derecho. La segunda parte da un concepto de pena natural, intentando dar una definición que permita ser aplicada en el Derecho, en particular, en el Derecho penal. Sin embargo, falta el último paso que materializa todo aquellos que se ha delimitado en los capítulos anteriores, a saber ¿cuál es la naturaleza jurídica de la pena natural? ¿Se entenderá como una institución del proceso penal, de la teoría del delito o de la teoría de la pena?

#### **1. Pena natural y proceso penal**

En el capítulo anterior se esbozaba la dificultad de insertar la presente institución en la teoría de la pena, del delito o en el proceso penal, esto porque las soluciones que se han dado a nivel doctrinario, jurisprudencial y legislativo han sido muy dispares entre sí. En este sentido, es importante iniciar una búsqueda estableciendo si la *poena naturalis* debe ser tratada dentro del Derecho adjetivo o bien, debe ser aplicada como una institución dentro del Derecho sustancial, y se menciona especialmente el proceso penal, ya que ha sido esta, mediante el principio de oportunidad, el lugar predilecto de los ordenamientos latinoamericanos para regular la pena natural<sup>39</sup>.

Para efectos conceptuales, se entenderá por Derecho procesal penal como aquella

“Rama del Derecho procesal, cuyas normas establecen y organizan los órganos públicos que cumplen la función de investigar y sancionar los ilícitos penales, regulan los actos del proceso y del procedimiento indispensables para imponer una sanción penal o medida de seguridad penal, y los derechos y deberes

---

<sup>39</sup> Como se expresó en el capítulo anterior, regulaciones como el proyecto de Código Penal Argentino (Art. 9), el Proyecto de ley de Código Procesal Penal de la República Dominicana (Art. 34 n° 2), el Código Procesal Penal en Perú (Art. 71), en Bolivia el Código de Procedimiento Penal (Art. 21), Colombia en el Código de Procedimiento penal (art. 324), Ecuador en el Código Orgánico Integral Penal (Art. 412) y el Código de Procedimientos Penales de México (Art. 256 y ss.), contienen la institución de la pena natural como una causal de aplicación del principio de oportunidad en el proceso penal por parte del Ministerio público.

de todos aquellos que intervienen en él” (Maturana Miquel & Montero López, 2010, p. 33)

Se tiene, entonces, que esta rama del Derecho es la que permite que el Derecho sustancial, y en particular, el Derecho penal, sea realizable jurisdiccionalmente, siendo el instrumento que permite aplicar las normas penales. No hay que olvidar que los caracteres históricamente incondicionados del Derecho penal son en primer lugar, ser Derecho público, y, en segundo lugar, ser solo realizable jurisdiccionalmente, de ahí que la relación entre Derecho penal y Derecho procesal sea especialmente estrecha, siendo esta última dependiente de la primera de la manera en su caracterización. Por ejemplo, si se enfrenta a un Derecho penal liberal, autoritario o totalitario<sup>40</sup>, eso repercutirá en los principios sobre los cuales se formará el proceso penal.

Uno de los principios que se puede entender como parte de un Derecho penal liberal<sup>41</sup>, es el principio de *ultima ratio* o subsidiariedad, que se orienta a propender la aplicación de la pena solo en aquellos casos en que el ataque al bien jurídico no pueda ser defendido por otra rama del Derecho (Náquira, 2008, p. 22). De manera que la pena solo tiene lugar en aquellos casos en que no exista otro medio que la pena misma para solucionar el conflicto.

Así las cosas, tal principio se proyecta dentro del proceso penal en el principio de oportunidad. Roxin lo define como el principio “que autoriza a la fiscalía a decidir entre la formulación de la acusación y sobreseimiento del procedimiento, aun cuando las investigaciones conducen con probabilidad rayana en la certeza, al resultado de que el imputado ha cometido una acción punible” (2000, p. 89). Se trata de una institución procesal que le entrega la facultad al Ministerio Público a no iniciar, suspender o interrumpir la persecución penal, por fundamentos de utilidad social y política criminal. Hay que ser enfáticos (para efectos de este trabajo) que se trata de una facultad del fiscal, y aunque pueda ser revisada por el juez posteriormente<sup>42</sup>, su aplicabilidad inicial es una decisión exclusiva del Ministerio Público.

María Inés Horvitz y Julián López (2003, pp. 48 - 50), explican respecto de esta institución procesal que existen dos maneras en que se puede encontrar regulada: de forma reglada, es decir, cuando se establecen los casos por ley, y además impone el sometimiento a controles, o de modo discrecional, cuando se le entrega completamente la discreción al fiscal. Sumado a ello, respondería a dos objetivos principales, por un lado, a la descriminalización, que implica no punir aquellos casos en que, aun cuando se trata de un acto típico, antijurídico, culpable y punible, existen otras vías de recomposición, y, por otro lado, la eficacia del sistema penal, que supone un intento deflacionario del mismo.

---

<sup>40</sup> En este punto, se hace referencia a las relaciones entre el Derecho político y el Derecho penal de Manuel de Rivacoba (1995, p. 204).

<sup>41</sup> Se entiende que, el Derecho penal liberal al ser Derecho penal coherente con la democracia y el Estado de Derecho, es el ideal al que se aspira.

<sup>42</sup> En el caso particular de Chile, la institución se regula en el artículo 170 del Código Procesal Penal.

La aplicación del principio de oportunidad viene dada por una decisión político-criminal del Estado de no ejercer su potestad ante casos de menor lesividad al bien jurídico protegido (casos denominados de bagatela), no siendo necesario ejercer la acción penal (Maturana y Montero, 2010: pp. 575). Desde este punto, y de la proyección del principio de *ultima ratio* del Derecho penal, es que se deduce la relación con el principio de insignificancia para su imposición.

El principio de insignificancia, expresión de la máxima “*mínima non curat praetor*”, opera en aquellos casos en que “la lesividad de la situación concreta (...) es ínfima, lo que no justifica la aplicación de la norma penal, y, por tanto, justifica la absolucióndel acusado” (Correa da Luz, 2012, p. 209). La elaboración científica de este principio ha sido desarrollada por distintos autores, sin embargo, para efectos de esta investigación (que no versa sobre la insignificancia) se caracterizará de manera breve la construcción teórica de Raúl Zaffaroni (que lo ubica en el tipo y la tipicidad) y José Luis Guzmán (que lo ubica en sede de la antijuridicidad), de este modo podrá tener luces acerca de a qué hipótesis se les pretende eximir su persecucióndel acusado.

Zaffaroni *et al* (2006: p. 340 - 341, 355 - 359), lo describió como una situación de tipicidad conglobante, a propósito de su teoría con el mismo nombre. Concisamente, para el autor la tipicidad legal no agota la tipicidad penal, dicho de otra forma, aquellas acciones y omisiones descritas en la ley penal no se completan por sí solas, sino que, las descripciones necesarias para que el poder punitivo habilite su ejercicio formal, reducen el campo de lo prohibido a través de la interpretación, y esto último se obtiene toda vez que a la tipicidad legal se le examina como parte del orden normativo, es decir, se le adiciona la tipicidad conglobante que determina la conflictividad, y por tanto, se aclara si existe lesión a un derecho bien jurídico y si tal daño es imputable al sujeto como un acto suyo.

En este sentido, para el autor “las afectaciones insignificantes de bienes jurídicos no constituyen una ofensa relevante a los fines de la tipicidad objetiva” (p. 376). Una afectación a un bien jurídico insignificante es, por ejemplo, hurtar los aderezos de comida de un restaurant en el que no se ha consumido, constituyéndose como una situación de tipicidad legal, pero no de tipicidad conglobante. Esto porque desde un análisis del ordenamiento jurídico se denota que detrás de los tipos penales hay conflictos de cierta entidad, y en relación con los principios de *ultima ratio* y el principio republicano, es que, además, se exige una relación de proporcionalidad entre la lesión y la punición, no siendo racional punir los actos cuya lesividad se asimilen al ejemplo dado, aun cuando exista una dificultad valorativa para determinar la insignificancia y la lesión sea valorada subjetivamente (p. 376 - 377).

Por otro lado, José Luis Guzmán, en su libro “Cultura y delito”, se aleja de Zaffaroni, y señala que, en realidad, la insignificancia no es una situación de atipicidad conglobante, sino que, de exclusión de la antijuridicidad. En efecto, el contenido del juicio de antijuridicidad viene dado por las lesiones de un bien jurídico y su puesta en peligro, pero en tanto estas se relacionan con las normas de cultura estatalmente reconocidas, ya que son estas, en tanto no caigan en contradicción con la trivialidad, las que entregaran los criterios para responder la pregunta sobre

las bagatelas. En este cuadro del contenido de la antijuridicidad que se predica de un acto típico, las ofensas irrelevantes, encuentran explicación en la antijuridicidad (Guzmán Dalbora, 2019).

Ya sea que veamos el principio de insignificancia como una cuestión de atipicidad conglobante o de exclusión de la antijuridicidad, el sentido de insertarlas dentro del principio de oportunidad se armoniza con los fines de este mismo, a saber, la eficacia del sistema procesal y la descriminalización: carece de todo mérito iniciar un proceso jurisdiccional por hechos que, aunque encuadrables con un tipo legal, resulten insignificantes para el ordenamiento jurídico o para las normas de cultura, cuestión que puede ser percibida inmediatamente con el hecho típico, o al menos, discutida sin necesidad de que medie un proceso jurisdiccional con todas sus etapas<sup>43</sup>.

Sin embargo, si se aplica todo lo anterior a la posibilidad de integrar como causa de aplicación del principio oportunidad en el proceso penal a la pena natural, se generarían dos problemas fundamentales. En primer lugar, se le regularía en conjunto de causales que no tienen una relación substancial con ella, ya que se trata de causales orientadas a no perseguir actos insignificantes, cuyo ataque al bien jurídico protegido es tan leve que se equipara a la ausencia de daño, sin embargo, la pena natural es todo lo contrario, precisamente se trata de la destrucción o la lesión grave de bienes jurídicos (Manjón-Cabeza, 2008: p. 1129), por lo que, su inserción en este punto del proceso penal pareciera ser poco coherente con el fin del principio de oportunidad como reflejo del Derecho penal de *ultima ratio* y el principio de insignificancia.

En segundo lugar, y lo que viene a complicar este panorama, es la situación de que la aplicación del principio de oportunidad no deja de ser una facultad del ministerio público, y por tanto, su aplicación queda al arbitrio del fiscal, lo que trae aparejado la posibilidad de que, ante casos en que salta a la vista la hipótesis de pena natural (como los casos culpables en que existen vínculos filiales afectivos), no se aplique esta causal y se ignore la circunstancia en las que versa el imputado.

Aunque el ministerio público chileno tiene funciones y se rige por principios tendientes a la búsqueda de la verdad, más que a la determinación de la culpabilidad o inocencia del acusado en virtud del artículo 83 de la Constitución política chilena<sup>44</sup>, y del principio de objetividad que supone el deber de investigar con igual celo, no solo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino que también a los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen (Maturana y Montero, 2010: p. 207), esto no asegura necesariamente que la

---

<sup>43</sup> Los ejemplos entregados por Zaffaroni en el acápite de la insignificancia, además del carácter que las unía como tal (como insignificantes), tenían la particularidad de que ese carácter se manifestaba de una forma inmediata, o de forma evidente, aunque se trataban solo de ejemplos, una situación de insignificancia en el mismo sentido que pensó el autor argentino debiese ser de una análoga ofensividad.

<sup>44</sup> Artículo 86 de la Constitución política de la República de Chile: “dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales”

institución sea aplicada en un proceso penal<sup>45</sup>, aun cuando esta hipótesis pueda ser evidente en un caso determinado, sobre todo porque, con las palabras de Bobadilla, “el órgano persecutor es un interviniente carente de facultades jurisdiccionales y limitado por las directrices que el mecanismo que contempla el ordenamiento jurídico para dar cabida a la *poena naturalis*” (2016: p. 586).

Para finalizar, aunque establecer la pena natural como causa de aplicación del principio penal sea atractivo cuando se busca la disminución de la persecución en el sistema penal, los casos de esta institución en particular, ya se ha visto, son situaciones complejas y para su valoración se debe tener en consideración la extensión de los daños que sufre el sujeto, qué tipo de relación mantenía con la persona que ha sufrido el menoscabo físico (en los casos de daño moral) y si se actuó con culpa o dolo, entonces, constituir que se está ante una hipótesis de pena natural requiere investigar y valorar los hechos de tal manera que sea posible establecer inequívocamente que se está ante una hipótesis de *poena naturalis* con los límites que se delimitaron en el capítulo anterior, y aquello, por el estado procesal en el que se halla, no es posible hacerlo si se aplicara la institución como principio de oportunidad.

Por lo expuesto, es difícil considerar que la pena natural tenga naturaleza jurídica procesal (además de ser poco conveniente), en la medida de que, por un lado, no hay una correspondencia entre ella y las otras causales del principio de oportunidad que se relacionan con el principio de insignificancia. Por otro lado, de considerarla causal del principio procesal, estaría sometida al arbitrio del órgano persecutor, pudiendo no eximirse de la pena (ni del proceso) casos que encuadran manifiestamente dentro de las hipótesis de *poena naturalis*, estableciéndose de todos modos penas que resultan inhumanas para el imputado. Pero, además, los casos de pena natural por su complejidad y gravedad requieren de más investigación y antecedentes que los que se puede obtener en el inicio del proceso. Por lo que, regularla en esta rama del derecho, además de poco coherente, supone ser un riesgo que no es prudente correr.

## **2. Pena natural y teoría del delito**

Excluida la posibilidad de considerar la pena natural como una institución del proceso penal, queda revisar su cabida en el Derecho sustancial, y a propósito de esto, se revisará algunas de las propuestas que se han planteado en doctrina respecto a la naturaleza jurídica de la *poena naturalis*. Para efectos de esta investigación hemos de plantearnos una estructura pentapartita del delito, siguiendo en esto a Jiménez de Asúa. Así, podemos distinguir en la estructura del delito, en su faz positiva, el acto, es decir, una modificación del mundo a consecuencia de la voluntad humana, consistente en la realización de un acto o la omisión de la realización de un acto para el cual había un deber de actuar; el que dicha acción u omisión esté descrita previamente en la ley, la llamada tipicidad; que dicha acción típica sea realizada por una persona en detrimento de

---

<sup>45</sup> Y, de hecho, al contrario, el fiscal buscará establecer la verdad, no eximir apresuradamente de responsabilidad a un imputado.

intereses jurídicamente protegidos, es decir, que sea antijurídico; que dicha acción típica antijurídica sea realizada esperando obtener propiamente ese resultado antijurídico, o no queriéndolo hacer, sea producto de la poca diligencia, esto es, culpable; y que dicho acto típico, antijurídico y culpable se considere apropiado el ser castigado, es decir, que sea punible.

Sin embargo, de los elementos mencionados, es en la antijuridicidad y la culpabilidad donde se pondrá la lupa, ya que son estos los que permiten graduación, y por tanto, en la aplicación concreta de la penalidad, son estos elementos los que pueden modificar en sustancia la pena o los que permiten aplicar una causa de justificación o de inculpabilidad. La antijuridicidad como elemento del delito se refiere a aquello que es contrario al Derecho, sin embargo, como diría Jiménez de Asúa (1963, pp. 958 - 959), conceptualizarlo de esa forma resulta una definición tautológica, no queda claro qué es lo contrario a Derecho o qué es lo injusto, por lo que, para penetrar tal concepto, será necesario elucidar las nociones de material, objetivo y valorativo de lo antijurídico.

En primer lugar, la antijuridicidad es objetiva, es decir, “la contradicción de la conducta con la norma de cultura, producto de la experiencia colectiva que el Estado ha reconocido y que en modo alguno puede crear un juez o un tribunal”. Esto es relevante porque en caso de plegarse a una concepción subjetiva de la antijuridicidad, tendría relevancia la culpabilidad con la que se realiza el acto típico<sup>46</sup>. De forma ilustrativa Von Jhering (2013, pp. 59 - 64) ejemplificaba las teorías objetivas y subjetivas de la antijuridicidad con el Derecho privado romano, preguntándose cuál era la diferencia entre el poseedor de buena fe de cosa ajena y el ladrón que mantenía la posesión de una cosa ajena. Subjetivamente la diferencia se encuentra en que el poseedor de buena fe piensa que la cosa es suya, mientras que el ladrón sabe que la cosa no es suya, y la robó a sabiendas que era ajena, de modo que se halla de mala fe. Sin embargo, de buena o de mala fe, ambas situaciones son antijurídicas, y existen acciones que se pueden interponer contra ellas. Que la antijuridicidad sea objetiva, implica que un acto será antijurídico con prescindencia de la subjetividad del sujeto que actúa, supone que los inimputables también pueden realizar actos antijurídicos y en sede de causas de justificación, implica que un acto típico, estaría justificado para todos aquellos que participen en la misma posición jurídica en el delito, independiente si se sabía justificado o no.

En segundo lugar, la antijuridicidad material o el contenido de lo injusto es aquello que se opone a las normas de cultura, a lo que el Estado establece una prohibición, ya que tal acto lesiona un bien jurídico. Entonces, el contenido de la antijuridicidad es aquello que las normas de cultura determinan si es justo o antijurídico defender o lesionar un bien (Jiménez de Asúa, 1963, p. 1007). Y, finalmente, todo lo enunciado anteriormente se complementa con la noción valorativa de lo antijurídico; el autor recientemente citado, planteaba que por lado se tiene el tipo (que en medida de lo posible) es descriptivo, pero lo que hace la antijuridicidad sobre el tipo es

---

<sup>46</sup> Se tiene presente que, más bien la antijuridicidad es predominantemente objetiva, ya que, en realidad en los delitos que contienen elementos subjetivos de lo injusto, la antijuridicidad si estará matizada por la subjetividad.

estimar el acto, porque matar a otra persona encaja perfectamente con el tipo descriptivo del delito del homicidio, pero es la noción valorativa de la antijuridicidad la que entra en juego para determinar si el acto es antijurídico o no, si se aplican causas de justificación o no (pp. 991 - 992).

Y es esto último lo relevante para el trabajo ¿puede ser considerada la *poena naturalis* como una causa de justificación? Hay que considerar que las causas de justificación son aquellas hipótesis en que, aun cuando el acto es subsumible a un delito, no son penados por ser conforme a Derecho y pueden definirse así:

“Son causas de justificación las que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal; esto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios al Derecho, que es el elemento más importante del crimen” (p. 1035)

A diferencia de las causas de inculpabilidad, las causas de justificación no responden a un principio ordenador, ya que, cada causa regulada tiene fundamentos distintos, aun cuando comparten la misma naturaleza objetiva. Así, por ejemplo, el fundamento de la legítima defensa es la vigencia del Derecho, a diferencia del cumplimiento del deber, cuyo fundamento es la coherencia del ordenamiento jurídico. Sin embargo, y como se conceptualiza en la cita anterior, lo que une a las causas de justificación es que precisamente no son contrarias a Derecho, aun cuando son subsumibles a un tipo delictivo.

Asentado aquello, queda esclarecer si la *poena naturalis* podría ser considerada como una causa de justificación (supralegal, por ejemplo), y la respuesta debe ser un no. Si se piensa en la hipótesis en que en virtud de un choque vehicular el conductor mata a toda su familia a bordo o aquellos casos en que el autor del delito resulta mutilado en alguna de sus extremidades, se halla el escollo de no poder definir qué se está justificando o qué principio estaría obrando como fundamento de la justificación. Se plantean esas preguntas porque, es verdad, hay una intuición más o menos mayoritaria por parte de la doctrina de que los casos de pena natural no deben ser penados judicialmente. Sin embargo, no es posible advertir el por qué se justificaría el matar a la propia familia por imprudencia en virtud del daño moral que aquello genera, y similar situación sucede con las lesiones del autor del delito. Y especialmente estas últimas, ya que las autolesiones son antijurídicas en casos particulares, principalmente aquellos que ponen en peligro no solo la salud individual, sino que también la salud pública como el artículo 295 del Código de justicia militar, que pune a toda persona que con el propósito de sustraerse del cumplimiento de los deberes militares, se mutila o se procura una enfermedad que lo inhabilita para el servicio (Politoff, et al., 2004, pp. 114, 115), pero fuera de aquellos casos, las autolesiones no son punibles, por lo que no se entiende cómo se puede justificar algo que en principio no es antijurídico. Además, se tratan de actos que está por fuera del delito, aun cuando sean consecuencias de este, no se puede justificar, pues precisamente está fuera del nexo entre acto y tipo.

Sin embargo, antes de pasar a analizar la culpabilidad, es prudente revisar el estudio de Serrano Maíllo (1996, pp. 181 - 186) sobre la retorsión y compensación en el Derecho penal, que en un sentido formal el primero se refiere a la respuesta de un delito con otro, y el segundo al efecto de no punir tales actos. En el Derecho penal alemán se regulan en el § 199 que establece la compensación de injurias y el §233 que regula la compensación de lesiones, sin embargo, no existe un acuerdo respecto a su fundamento, aunque se suele aludir a que parte de la pena ya habría sido recibida por el agresor. Sin embargo, también se ha planteado que el fundamento de la no punición en el agresor y en la víctima son distintos, ya que en el primero, se entiende que basta con la reacción de la víctima, entendida como “autorretribución”, y en la víctima, esta no punición estaría fundada en un punto cercano a la legítima defensa.

No obstante, es lo planteado por Kern lo que llama la atención para efectos de la investigación. El autor plantea que en los casos de compensación habría una disminución de la antijuridicidad, ya que para él, cobra relevancia la actitud que toma el lesionado, formando parte de aquél “grupo de acciones que no alcanzan el grado de legítima defensa” (p. 185). De forma más precisa, él explica que los actos provocados son casos límites a la legítima defensa, pero que no logran constituirlos, a diferencia de cuando efectivamente una persona ataca a otra y este se defiende.

Sin embargo, lo relevante en la discusión respecto a la compensación de injurias o de lesiones está referido a la provocación. El acto tiene una menor antijuridicidad porque media una provocación de la víctima al sujeto que realiza el acto típico. Es cierto, en los casos de *poena naturalis* también existe una “autorretribución” por parte del hechor al sufrir una consecuencia lesiva por consecuencia directa del delito, pero quien realiza esa reacción es el mismo sujeto, por lo que no es procedente valorar las hipótesis de *poena naturalis* como situaciones de menor antijuridicidad como en los casos de compensación y retorsión. Precisamente no existe un acto de provocación posterior o anterior de la víctima que lo deje en un estado de excitación. Por ejemplo, en la situación de la persona que trepa un edificio con el fin de violar morada y que cae desde un quinto quedando parapléjico, es una situación en la que no existe una provocación, la víctima siquiera tuvo participación en el acto, a diferencia de la compensación de injurias, en las que la víctima responde con otro delito de misma o similar entidad.

Respecto a la culpabilidad, se definirá como “el reproche que se hace al autor de un concreto acto punible, al que le liga un nexo psicológico motivado, pretendiendo con su comportamiento un fin, o cuyo alcance le era conocido o conocible, siempre que pudiera exigírsele un proceder conforme a las normas” (Jiménez de Asúa, 1952, p. 92). Al igual que en el caso de la antijuridicidad, lo relevante será analizar las causas de inculpabilidad, pero, también será relevante revisar aquello que Politoff identificó como “las subcategorías en el concepto de culpabilidad”.

Las causas de inculpabilidad son las distintas circunstancias en las que obró el agente y en que no se puede exigir otra conducta distinta de aquella realizada o no se le puede formular un juicio de reproche personal al autor de aquel acto típico y antijurídico.

Estas causas se pueden dividir en tres grupos. El primero es el error, que se refiere a la incorrecta relación entre la representación mental y la realidad. El segundo grupo son las causas de inimputabilidad, que son aquellas situaciones en que el agente es incapaz de representarse el deber jurídico, o bien, actuar de acuerdo con esa representación, ya sea por madurez o salud mental. Y finalmente, aquellas que son auténticas causas de inculpabilidad en sentido estricto, es decir, actos que, a pesar de ser cometidos con culpa o dolo, el sujeto es declarado inculpable, porque en el autor del delito existieron razones aceptables o no discutibles por la comunidad jurídica.

Como se decía anteriormente, las causas de culpabilidad se aúnan en un mismo principio que las fundamenta, y este es la no exigibilidad de otra conducta, cuestión que se vincula con la concepción normativa de la culpabilidad a la que se adhirió al inicio con la definición. Para Cury, la exigibilidad “es la posibilidad, determinada por el ordenamiento jurídico, de obrar en una forma distinta y mejor que aquella por la que el sujeto se decidió” (2005, p. 449).

Freudenthal (2006, p. 29), se pregunta qué conducta le puede exigir el Derecho a los sujetos en determinados contextos, qué actitud se puede esperar del sujeto, y si esa conducta es distinta a la que el hombre efectivamente realiza, cuestionándose la máxima de “ha obrado como cualquiera haría en su lugar”, en este sentido, lo que busca es que el Derecho Penal no se aleje de los modelos culturales de conducta.

Para resolver lo anterior, el autor plantea que la exigibilidad se funda en un criterio subjetivo-individual —siguiendo el criterio individualizador— y no en abstracciones objetivas, es decir, que para determinar la exigibilidad es necesario tener en cuenta el juicio individual del sujeto, o sea, el poder individual del sujeto al momento de actuar; porque el poder evitar presupone el poder hacerlo, y ese examen, para Freudenthal, tiene proyección individualizadora: “no se puede ignorar las circunstancias bajo las que había actuado el actor” (2006, p. 32). Entonces, la exigibilidad o no exigibilidad de una conducta se analizaría en atención a las circunstancias y al sujeto concreto, no a través del parámetro del hombre medio.

Ahora, aterrizando lo planteado anteriormente a la pena natural, hay que decir que en realidad, la doctrina no suele predicarle a esta institución la faz negativa de la culpabilidad como naturaleza jurídica, sino que más bien, se ubica a propósito de aquello que se nombraba más arriba, de las subcategorías en el concepto de culpabilidad, esto porque autores como Bacigalupo (1998, pp. 148, 147) y Choclán Montalvo (1999, p. 3) han señalado que en las hipótesis de pena natural habría más bien una compensación de culpas.

Pues bien, estas subcategorías, según Politoff *et al* (2004, pp. 252 - 254), responden a la idea de que la culpabilidad es garantía para la imputación subjetiva de los hechos a su autor, sumándole dos funciones: La culpabilidad como fundamento de la pena y la culpabilidad como criterio limitador de la pena. En el primero de los sentidos, se refiere al “haber podido actuar diversamente” como condición subjetiva para imponer pena en un caso concreto” (p. 253), que implican la presencia de los requisitos necesarios para formular el reproche de culpabilidad penal, es decir, si se actuó con dolo o culpa, si existía conocimiento de la antijuridicidad, la exigibilidad, la capacidad de culpabilidad, etc. En segundo lugar, la culpabilidad como medida de la determinación de la pena, necesaria para concretar la magnitud de esta, cuyo objetivo principal es que la pena no sobre pase la culpabilidad y de este modo, se transforme en un criterio dirigido a orientar al juez a la hora de determinar la pena y que además la legitime.

En este sentido, por ejemplo, Enrique Bacigalupo (1998, pp. 144 - 147) a propósito del principio de culpabilidad (y su reconocimiento como principio constitucional en el Derecho español), desarrolla la idea de la compensación de la culpabilidad, que son modificaciones que sufre esta última de forma posterior al acto que constituye el delito, extinguiéndola o reduciéndola. La posibilidad de compensar la culpabilidad proviene del carácter cuantificable de este elemento del delito, que se fundamenta en la menor o mayor capacidad de imputación que podría tener el sujeto al cometer el acto típico, existiendo múltiples causas y obstáculos en su realización. Esta valoración se realiza en la individualización de la pena y tiene especial relevancia cuando se pone el foco en ciertos actos que realiza el autor luego de la comisión del delito, por ejemplo, en aquellos casos en que se esmera en reparar mal causado, denotando reconocimiento a la vigencia de la norma, lo que podría llevar a una atenuación de la pena, compensando parcialmente —al menos— la culpabilidad. Respecto a la pena natural, el autor establece que se trataría de una “compensación destructiva de la culpabilidad”, ya que, de la comisión del delito, el autor sufre un mal grave que puede ser abonado en el cumplimiento de la pena. Esta compensación natural convertiría en innecesaria la pena, ya que no habría fines preventivos a los que satisfacer, además de que, el mal grave que sufre el autor posterior al delito, ya compensa la culpabilidad.

Choclán Montalvo (1999, pp. 2 - 7), por su lado y en un sentido similar, establece que en los casos de pena natural también habría compensación de culpas, lo que conlleva a la renuncia de la *poena forensis*. Esto porque el sufrimiento causado por el delito es castigo suficiente para el sujeto y porque ya no existe una necesidad social que fundamente la pena, en el sentido de prevención general, el orden jurídico quebrantado ha sido restablecido naturalmente y la conciencia jurídica se mantiene intacta. Para ilustrarlo en un caso concreto, el autor pone de ejemplo el §60 del Código penal alemán, que se mencionaba en el segundo capítulo y que se refiere a la dispensa de la pena. Para el autor tal regulación se fundamenta en la necesidad de la

pena. Si se considera la pena como un mal<sup>47</sup>, es adecuado comprender que la *poena naturalis* es el mal que el sujeto sufre a consecuencia del delito mismo, y entonces, la institución constituye un castigo que el autor del delito se impone a sí mismo, por lo que cualquier imposición estatal de la pena, sería desproporcionada a la gravedad del hecho.

Para fundamentar lo anterior acude a las teorías de los fines de la pena, estableciendo que con la imposición de la *poena forensis* ninguno de los fines de la pena, ni los retributivos (entendido como límite del poder punitivo), ni los fines preventivos generales se cumplen. Por el contrario, la imposición de la pena ante hipótesis de *poena naturalis*, resulta desproporcionada a la gravedad del delito, cuya consecuencia es contraria a la conducción a soluciones justas, cuestión que se halla en la base para la construcción de la confianza en el Derecho.

Respecto a la compensación de culpas que propone el autor, si bien a lo hora de imponer la pena se debe aplicar el principio *nulla poena sine culpa*, pena y culpa no son una relación necesaria, sino que también es posible aplicar otras posibilidades de reacción, además de reconocerse los equivalentes funcionales de la pena. En este sentido, el castigo penal solo se justifica en tanto se armoniza su necesidad con la autonomía de la personalidad del delincuente, y esta solo es necesaria cuando no hay otra forma de solución del conflicto social sin el intermedio del Derecho penal, siendo de esta manera y en este contexto, la pena subsidiaria a la solución natural del conflicto. La pena natural, entonces, se establece como una hipótesis de compensación de culpas, pues la culpabilidad *ab initio* se ve compensada en un modo de balance por este acto posterior, lo que no modifica la culpabilidad del sujeto en la realización del acto. En palabras de Choclán Montalvo “nos estamos refiriendo a un caso de compensación de culpabilidad *ex post facto* (...) en que la culpabilidad *ab initio* puede verse compensada a modo de balance por circunstancias que tienen lugar en momento posterior” (1999, p. 5).

Sin embargo, en primer lugar, la pena natural no puede ser entendida como una causa de inculpabilidad, considerando que el principio unitario de esta es la no exigibilidad de otra conducta. Precisamente, son los actos que ponen en riesgo a seres queridos o incluso nuestra propia integridad corporal donde se espera un actuar de acuerdo con el Derecho. Al padre que manejó imprudente y en consecuencia de ello su familia resulta muerta, sí se le exigía otra conducta, y más aún, considerando que el padre tiene una posición de garante en relación con sus hijos. Tampoco se está ante una hipótesis de error o inimputabilidad, porque aquello que gatilla la pena natural son actos extrajurídicos, es decir, que están por fuera de la causalidad misma del delito. Por otro lado, y en esto se sigue a Guzmán Dalbora (2021, p. 283) “la apreciación de otras conductas, situaciones o secuelas (...) altera las coordenadas graduables de la responsabilidad por el hecho, deforman la culpabilidad y, en definitiva, desfiguran la pena basada en ella”, lo que no implica una compensación, y por tanto la liberación del reo a su pena, al menos no por estos motivos. Cabe agregar que estos planteamientos más bien reconducen a

---

<sup>47</sup> En contraposición a los correccionalistas, quienes consideraban la pena como un bien para el sujeto. Sin embargo, como se señaló en el primer capítulo de esta investigación, bien y mal contienen cargas morales ajenas al mundo jurídico.

los fines de la pena, y no solo a la culpabilidad, por lo que se revisará inmediatamente la relación de la pena natural y la teoría de los fines de la pena.

### 3. Pena natural y teoría de los fines de la pena

Una de las notas comunes de las investigaciones revisadas para la elaboración de este trabajo se encuentra en apuntar a la no necesidad de la pena como fundamento para prescindir o atenuar el castigo penal, en atención de que, con la mencionada institución se satisfacen los fines de la pena por los cuales se establece esta especie de castigo. Es así como se mencionaba en el acápite anterior, ante una hipótesis de pena natural, para Choclán Montalvo (1999, p. 2) la pena judicial pierde las funciones para la cual es establecida al encontrarse compensada la culpabilidad, para autores como Ortiz Quiroga (2021, pp. 259 - 272) la necesidad preventiva de la pena desaparece ante tales supuestos o Silva Sánchez (Silva Sánchez, 2018, pp. 155 - 163). para quien la *poena naturalis* sería un equivalente funcional de la pena, y por tanto, se tornaría innecesaria. Para el análisis, se enunciarán las principales teorías de la pena, y se analizarán en contraste de los efectos de la pena natural.

Los distintos manuales o tratados de Derecho penal suelen ordenar los planteamientos en dos grandes teorías sobre las que se han desarrollado los fines de la pena, a saber, las teorías relativas (de prevención) y las teorías absolutas (de retribución), por lo que, aun cuando se entiende que la *poena naturalis* no es una pena propiamente hablando, se contrastarán ambas teorías con los efectos de la pena natural, de forma de saber si los fines de la pena encuentran satisfacciones en la mencionada institución. De ser así, la imposición del castigo penal sería innecesaria. Pero, esta vez, se invertirá el orden del acápite anterior, pues parece más conveniente desarrollar algunos de los planteamientos de Silva Sánchez y Ortiz Quiroga, en orden de establecer a qué situación de hecho o hipótesis se refieren cuando la pena se torna innecesaria en su establecimiento, y luego analizarlas en contraste con la pena natural.

Silva Sánchez (2018, pp. 183 - 193) aborda el problema de la pena natural como un equivalente funcional de la pena, es decir, aunque el castigo pudiese ser merecido por el hecho, resulta innecesaria en su imposición por razones originarias al acto o que sobrevienen al mismo, autorizando una disculpa o la clemencia a este.

Pero antes de pasar al tratamiento mismo de la pena natural en el autor (Silva Sánchez, 2018, pp. 113 - 119), es necesario iniciar determinando qué se entenderá como equivalentes funcionales de la pena. Para Silva Sánchez la pena impuesta por el Estado como respuesta a una infracción tiene dos dimensiones, una que es fáctica que se liga al dolor sensible de la pena o el sufrimiento que el penado experimenta en tanto que se le restringen o privan alguno de sus derechos con la pena. Sin embargo, puede ser que, aun cuando se le restrinjan los derechos a una persona determinada, esta no sienta sufrimiento o incluso lo considere como un bien, porque fuera de aquel lugar en el que se le priva de la libertad tiene menores comodidades que aquellas que conseguiría en el lugar en que cumpla el castigo, y sin embargo esta no dejaría de ser pena.

Esta dimensión fáctica de la pena tiene un efecto comunicativo, que es inherente al sufrimiento o a la privación. Entonces, se tiene que la pena tiene una doble dimensión, y tener en cuenta esto —ambas dimensiones— es relevante a la hora de estar posiblemente frente a un equivalente funcional de la pena.

El autor ilustra los equivalentes funcionales con la medicina, por ejemplo, dos remedios (A y B) pueden ser eficaces con el combate de una enfermedad, sin embargo, en ciertas personas puede suceder que el remedio A tiene más efectos adversos que el remedio B, resultando ser obligatorio para el médico que prescribe, recetarles a estas determinadas personas el remedio B. Algo similar, sucede con los equivalentes funcionales de la pena, pues, puede suceder que en determinados casos el equivalente funcional de la pena sea otro tipo de penas como las substitutivas o las alternativas, las que serían equivalentes en la dimensión fáctica o aflictiva, porque la dimensión comunicativa ya ha tenido lugar en el momento en que se juzga y condena, en tanto intimida y refuerza la confianza.

Otro tipo de equivalentes funcionales de la pena tiene relación con los fenómenos posteriores a la comisión del delito, pero que están directamente relacionado con este y que cumplen ambas dimensiones de la función de la pena. Estas circunstancias tendrán la calidad de equivalente funcionales en la medida de que den satisfacción en todo o en parte en las funciones de esta. A propósito de estos últimos es que cabe tratar la *poena naturalis*.

Para el autor (Silva Sánchez, 2018, pp. 155 - 160) la pena natural en realidad es producto de actos imprudentes del sujeto cuyos daños lesivos le son imputables objetivamente (y en determinados casos subjetivamente). En estos casos, el daño que sufre el sujeto como pena natural (dimensión aflictiva) es muy superior a aquella que pudiese sufrir como imposición de la *poena forensis*, independiente de si fue cometido el acto de forma dolosa o culposa. Es en estos casos, en que el daño resulta particularmente grave (como la pérdida de un hijo por imprudencia), considerándose como un equivalente funcional de la dimensión fáctica de la pena, siendo innecesaria en estos casos la imposición de la *poena forensis*, o incluso atenuando la responsabilidad penal, en aquellos casos en que la lesión no haya sido suficientemente grave. Sin embargo, para Silva Sánchez (2018, p. 161)., y respondiendo negativamente a la pregunta que es objeto de esta investigación, la consideración de la pena natural no tiene que ver con la humanidad, ni con la compasión, sino que más bien una cuestión de proporcionalidad, debiendo el Estado prevenir no imponer penas excesivas contra un sujeto.

Por otro lado, Ortiz Quiroga (2021, pp. 263 - 272) en su análisis a la sentencia pronunciada por la Tercera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica RUC N°1510022971-1, también revisado en el capítulo segundo de la presente investigación, indica que la necesidad de la pena se liga con los fines que se supone que esta debe cumplir, de manera que con ello legitima el Derecho penal y la potestad punitiva de un Estado. En relación con lo anterior y al caso concreto, para el autor debido a las teorías de prevención (función que el autor le reconoce a la pena) se debiese eximir a la mujer autora del delito, ya que, el efecto que esta

función busca se satisface con el sufrimiento de la *poena naturalis*, agregando que no existe peligro de reincidencia, ni menos hay una necesidad de rehabilitación. Eso, sumado al principio de necesidad de la pena, cuya exigencia se fundamenta en que la pena a imponer sea justa (es decir, exista merecimiento), pero también necesaria (es decir, cumpla sus fines). En este sentido, lo que interesa ponderar cada vez que se esté ante una hipótesis de pena natural, ya sea que el acto se haya realizado de manera culposa o dolosa, es la necesidad de la pena, siempre mirando el fin preventivo de la pena.

De los planteamientos anteriores, resulta preciso analizar las teorías de los fines de las penas. Estas, como se indicó, se dividen en dos grupos de teorías. Las primeras son las teorías relativas, que son aquellas que miran al futuro, y no, como se verá, al pasado como hacen las teorías absolutas. En las teorías relativas o de prevención lo que está al centro de la pena es la peligrosidad y su relación con la comisión de nuevos delitos tanto por el mismo reo, como por terceros. En palabras de Jescheck, “desde el punto de vista de la prevención, puede orillarse por completo el problema de la culpabilidad humana, puesto que solo interesa la peligrosidad del autor y la disposición criminal latente en la sociedad” (1993, p. 59). Este fin de la pena se dirige a la sociedad, y no al reo individualmente considerado, aquello significa, Según Jescheck, que es la amenaza de la pena la destinada a generar temor en toda persona para disuadir la comisión de delitos (prevención general negativa), pero también, la pena evita darle legitimidad al delito, inculcando una aversión normal contra el injusto (prevención general positiva) (p. 60).

La prevención general negativa, entonces, por un lado, “explica un efecto disuasorio, de coacción psicológica ante los ciudadanos, disuadiéndolos de transgredir los preceptos penales” (Canestrari, et al., 2017, p. 56), y la prevención general positiva, por otro, se entiende como “mensaje disuasorio dirigido a la colectividad, a través de la previsión de normas incriminadoras con un claro e inequívoco mensaje, ciertas normas son desaprobadas y no pueden ser toleradas” (p. 59).

Se trata, entonces, de que el fin de la pena es la utilidad frente a la sociedad, antes que a la persona del reo individualmente considerada. Se hablará de prevención general negativa, en la medida de que el fin de la pena sea desinhibir la comisión del delito a través de la amenaza de la pena. Y, por otro lado, se tratará de prevención general positiva, cuando tal pena tenga como objetivo que la comunidad se abstenga de delinquir, a través de la educación y pacificación al mostrar que el derecho se cumple a la fuerza.

En el segundo capítulo de esta investigación, a propósito de la doctrina de la inconmensurabilidad, se planteó que la pena natural no podía ser equiparable a la pena impuesta judicialmente, esto porque no respeta los principios formadores del Derecho penal como el principio de culpabilidad, de proporcionalidad, el de legalidad o el de humanidad, pero tampoco existe un proceso penal previo a su imposición, es decir, y reiterando algunas ideas esbozadas en el capítulo anterior, su imposición al imputado es en virtud de una conexión aleatoria entre ella y el delito. En los párrafos anteriores se planteaba si acaso, aun cuando no se tratase de una pena

propriadamente hablando, pudiese surtir los mismos efectos tendientes a cumplir fines preventivos generales. Y la respuesta debe ser irremediadamente negativa.

El punto de que la pena, por un lado, se presente como una amenaza que inhiba la comisión de delitos, solo tiene sentido toda vez que existe una sanción previamente establecida, cuya imposición no depende del mero azar, como dicen Canestrari *et al* “una pena sentenciada anticipadamente permanece como letra muerta” (p. 56), es decir, el sujeto difícilmente se sentirá amenazado por la pena si esta es impuesta aleatoriamente, reduciéndola a una cuestión de suerte y no de amenaza. Y, muy por el contrario, la percepción colectiva referida al hecho de que los delitos se castigan mediante la fuerza quedaría anulada, pues de castigarse, se trataría de una imposición sin procedimiento. Entonces, por un lado, no existiría sensación de temor de amenaza por la pena, ni el reconocimiento y respeto a la norma impuesta.

Sprotte, en este sentido, es bastante convincente, al manifestar que aun cuando la pena natural pudiese tener un efecto preventivo negativo ante la gravedad de los daños a consecuencia de la conducta delictiva, ningún ciudadano razonable lo consideraría como una consecuencia necesaria del delito. Por lo que, como ya se explicó, la pena natural difícilmente podrá tener un efecto disuasorio colectivo al delito a través de su imposición.

En la prevención especial, según Canestrari *et al*, hay un cambio de focalización, de la sociedad considerada colectivamente, la atención ahora se pasa al reo. “la pena sirve para asegurar que aquél no retome el camino que lo ha llevado a delinquir” (2017, p. 61).

De manera similar a la teoría de prevención general, la prevención especial puede ser positiva, es decir, que aspira a impedir nuevos delitos a través de la reducción y resocialización del reo, y por otro lado, puede ser especial negativa, cuyo fin es evitar la reincidencia a través de la intimidación y neutralización del condenado. La pena dentro de la teoría de la prevención especial positiva puede ser entendida, más que como un castigo o una sanción jurídica de mayor gravedad, como una rehabilitación del delito o de las condiciones que la generan, ya que aquí a diferencia de las teorías relativa generales, se centra en el autor de un delito o en el reo considerado de forma individual, siendo este el centro de atención de la pena. Aquello, sin embargo, no implica que esta teoría no vea al humano como un instrumento, pues, el fin de esta norma sigue siendo de corte utilitarista, al establecerse para que el reo se “resocialice” buscando disminuir el delito.

En relación con el fin preventivo especial negativo, Sprotte si considera adecuado para algunos casos a la pena natural en relación con sus efectos. Una pena natural infringida al delincuente a causa de su delito si tiene ese efecto disuasorio y neutralizante, por ejemplo, el ladrón que allana morada y cae desde el techo quedando tetraplégico, probablemente no vuelva a delinquir (al encontrarse físicamente neutralizado), tal efecto no se le puede negar a la *poena naturalis*. Sin embargo, aun cuando el mismo reo se entienda castigado por la pena natural e inhiba su continua actuación delictiva, aquel efecto se obtendría toda vez que el autor del delito

vea a la *poena naturalis* como un castigo y no como producto de la mala suerte. En relación con ello, no hay que olvidar que esta institución sigue siendo de aplicación aleatoria, y, por tanto, poco confiable, porque si por cada delito que se comete se aplicara una pena natural como sanción extrajudicial y consecuencia necesaria, tal vez si podría tener un efecto inhibitorio de determinados, más allá de cualquier superstición o creencia relacionada con la mala suerte, pues, sería la uniformidad de la *poena naturalis* la que genere el sentimiento dentro de las personas de que los castiga la pena natural en sustitución de la pena judicial.

Las teorías absolutas tienen la particularidad de que el fin de la pena se halla en el hecho de que el reo pague justamente por su hecho antijurídico y culpable. Aunque se conocen otras variantes de las teorías absolutas (como la expiación o la reparación), para estos efectos se tratará la más antigua y reconocida dentro de estas teorías como es la retribución. Ya se decía que el sentido de la pena en las teorías absolutas se fundamenta en el hecho antijurídico y culpable del acto cometido por el autor del delito, es decir, que responde por su culpabilidad, reconociéndose como límite ella misma, a saber, el sujeto no puede responder más que por su culpabilidad (y por eso ello también se relaciona con el principio de proporcionalidad), toda sanción que lo exceda, no se entenderá como retributiva.

En palabras de Rivacoba, “la idea de retribución se percibe bien en ella el fuerte carácter simbólico que presenta el Derecho punitivo. Más que de infligir dolor y provocar sufrimiento a nadie por el delito que haya ejecutado, se trata de desaprobarlo y significar dar realidad a semejante desaprobación de la pena” (1993, p. 53).

Los efectos de la pena natural, pensando en un sentido de la pena retributivo, se aprecian de manera diferente a como se perciben los efectos de las teorías relativas; en estas últimas, la *poena naturalis* debía asemejar sus efectos con utilidades determinadas, ya sea resocializar o neutralizar al reo, o infundir temor o reconocimiento de la norma dentro de una sociedad determinada. En las teorías retribucionistas, el efecto al que deberá asemejarse la pena natural es aquella de corresponder la culpa, el injusto realizado. En tal sentido, la pena natural se podría presentar como una retribución por naturaleza, ya que se conecta causalmente con el delito, es una reacción automática, que como se vio en los dos puntos anteriores, no respondería a ningún criterio de utilidad.

Todo bien hasta aquí, sin embargo, una de las grandes diferencias entre la pena y la pena natural, es que la imposición de la primera se encuentra limitada por una serie de principios que orientan a que su imposición responda proporcionalmente al mal causado a través del delito, cuestión que no sucede con la *poena naturalis*, pues, como ya se decía, su carácter incontrolable no permite graduarla al daño justo cometido por el reo, produciéndose sanciones mucho más duras de las que realmente merece la persona. Pero, además, en virtud de su aplicación azarosa, esta no siempre será aplicada en casos del quiebre de una norma del ordenamiento jurídico; aquello lo dirá la suerte, como también puede suceder que esta sea impuesta en casos en que, sea aplicable una causa de justificación o necesidad. Por ejemplo, en un contexto de tsunami, un

hombre ante la ola gigante que se le presenta tras él decide entrar a una casa a través del techo, pero, por un mal paso, cae al suelo perdiendo movilidad en las piernas en el acto. Suponiendo que el tsunami no logro alcanzarlo, y teniendo la institución en estudio en la mente, se podría considerar que la caída responde a una pena natural impuesta por el acto típico cometido, sin embargo, nadie dudaría que el acto se encuentra amparado por la causa de justificación de estado de necesidad, excluyendo la antijuridicidad y no configurándose el delito. Esas situaciones, aunque el ejemplo es extremo, no las tiene en cuenta la pena natural para imponer su castigo, es arbitraria al no guiarse por principios, ni normas determinadas como la pena. Por todo lo anterior, al exceder el daño y al ser aleatoria su imposición, es que no puede considerarse que la pena natural tenga un efecto retributivo, ni preventivo.

#### **4. Pena natural, conmensuración de la pena y humanidad**

Descartados como naturaleza jurídica de la pena natural la teoría del delito y los fines de la pena, queda aún por revisar la posibilidad de que sea integrada en algún punto de la adaptación de la penalidad. Pero, antes se revisará algunas de los planteamientos *lege lata* que se han planteado para la aplicación de la pena natural en la conmensuración de la pena, realizada por los autores Bustos Rubio (2016) y Manjón-Cabeza (2008) en con el ordenamiento jurídico español y Carlos Bobadilla (2016) para el caso de Chile, todos citados a lo largo de este trabajo.

En el caso de la legislación Española, el artículo análogo al artículo 69 del Código penal chileno, se encuentra en el artículo 66.1.6 del Código penal español, que se regulada de la siguiente manera: “cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho”, se trata de una norma que le permite al juez determinar el monto concreto de la pena a imponer.

Manjón Cabeza (2008, pp. 1143 - 1146) entiende que en la aplicación de este precepto el juez valora las circunstancias personales del autor en la determinación final de la pena, estos hechos no se relacionan necesariamente con el delito mismo, sino que pueden aparecer después de él y ser más variados, por ejemplo, puede considerarse el fin preventivo de la pena para imponer la pena máxima dentro del umbral de la penalidad específica de un delito en un caso determinado. Este precepto, al igual que el artículo 69 chileno, hace referencia a la mayor o menor gravedad del delito; no funciona como las atenuantes o las agravantes, porque no existe un catálogo determinado, sino que, en razón de este artículo el juez está facultado para aplicar criterios de otra naturaleza, por lo que, para la autora, dentro del ordenamiento jurídico español, este podría un precepto jurídico donde podría encontrar aplicación la *poena naturalis*, al no existir una regulación específica para ella.

Bustos Rubio (2016, pp. 139 - 143), quien tiene consideraciones similares a Manjón Cabeza, indica que el artículo en comento se trata de la discrecionalidad máxima del juzgador para determinar la pena, porque no está sujeto a otro control de mayor prevalencia, lo que no

implica que se deba actuar con arbitrariedad, porque en tales casos procedería la casación (si se quebranta alguna garantía o existiera un error valorativo). La norma establece que se debe estar a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, que se refiere, respectivamente, a la valoración de las circunstancias fácticas concomitantes al hecho y “situaciones, datos o elementos, que configuran el entorno social y componente individual del sujeto, su edad, grado de formación intelectual y cultural, madurez psicológica, entorno familiar y social... siempre sin llegar a constituir circunstancias modificativas de la responsabilidad penal” (pp. 140 - 141). Entonces, el juez a la hora de motivar la resolución judicial debe tener en cuenta ambas circunstancias que establece el precepto comentado, siendo soberano para imponer la pena concreta en el marco de penalidad establecido en abstracto por el legislador, existiendo un equilibrio en la ponderación judicial en su determinación.

Siguiendo esta línea, para el autor la pena es entendida como un mal, tanto como un mal que el Estado inflige al autor —la privación de la libertad personal—, como el mal posible que el mismo sujeto puede sufrir por la comisión de su propio delito —los daños resultantes del actuar responsable—. En este contexto, nada impide que sea posible valorar las hipótesis de pena natural para asignar la pena mínima dentro de los límites impuestos por el legislador (Bustos Rubio, 2016, p. 140). A lo anterior, Bustos Rubio agrega que el art. 66.1.6 tiene de trasfondo el principio de proporcionalidad que inspira y dota de contenido el *ius puniendi*. En este sentido, el legislador, determina el marco penal de los tipos delictivos con una multiplicidad de criterios político-criminales, respetando la dignidad humana, evitando la arbitrariedad, sometándose a controles constitucionales. Pero es labor de los jueces y tribunales adaptar la norma penal al supuesto fáctico, teniendo el arbitrio para poder determinar la pena concreta. Lo que refuerza, en atención al precepto y a la consideración de los daños posibles que puedan resultar del acto, la consideración de la pena natural en la conmensuración de la pena para aplicar la pena mínima del marco penal.

Tratándose de la legislación chilena, el artículo 69 del Código penal chileno reza “Dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito”. Esta norma en el ordenamiento jurídico chileno es la que le ordena al juez que determine la pena concreta a imponer al imputado una vez que ya se establecido la cuantía exacta. De manera que, una vez que se ha finalizado el proceso de conmensuración, se tenga de resultado una cuantía que le permitirá al juez imponer una pena concreta.

Lo que propone Carlos Bobadilla al respecto es que del concepto “mal” enunciado en el artículo 69 del Código, se le interprete como una retribución por culpabilidad, al operar el mal de la pena natural como equivalente funcional de la pena aplicable, fundándose, de tal modo, su aplicación en la menor extensión del mal producido por el delito, entendiéndose como injusto culpable dentro de un sistema que busca la retribución de la culpabilidad. De manera que, la *poena naturalis*, aun entendida como mal extra típico, pueda ser comprendida en el artículo 69, y,

por tanto, sea entendida como una extensión menor, por el grave perjuicio sufrido por el autor. (Bobadilla, 2016, p. 607).

La solución que propone Bobadilla de *lege lata*, y paralelamente para sus ordenamientos jurídicos, Bustos y Manjón-Cabeza, puede resultar muy inteligente, y al menos en el ordenamiento chileno, la vía más prudente para aplicar la institución actualmente. Sin embargo, estas soluciones siempre presentarán un tope, y es que no pueden salir de los límites de la cuantía resultante del proceso de conmensuración. Considerando que el fundamento para que la *poena naturalis* se aplique se halla en el principio de humanidad de las penas, en el sufrimiento insoportable que está detrás del dolor físico o moral del autor del delito que transforma en inhumana una pena judicialmente establecida, es posible que tales soluciones morigeren el sufrimiento extra que significaría la pena judicial imponiendo la pena mínima de la penalidad, pero no la eliminan. Por lo que, como se observa, es una solución inteligente de *lege lata*, sin embargo, no satisface el fin de este trabajo que es buscar una solución armónica con la naturaleza de la *poena naturalis* y sus fundamentos.

No muy alejado a lo que proponen tales autores, es posible encontrar una solución en la conmensuración de la pena y en los factores que intervienen en los procesos de adaptación. Cuando se habla de conmensuración hay que entender que se refiere al

“Proceso por el cual la abstracta previsión penal de la ley es adaptada y concretada respecto de un suceso delictuoso singular, escogiéndose para éste la magnitud precisa dentro de las posibilidades comprendidas en los márgenes de aquélla, magnitud que ha de adecuarse a las particularidades y, por ende, reflejar el grado de injusto y de culpabilidad del suceso” (Guzmán Dalbora, 2017, p. 11).

Para adaptar la penalidad o conmensurar se utilizan una serie de factores de variada índole, a los que se le atribuye el efecto de modificar los márgenes de la penalidad que se prevé para cada delito o sustituirla por otra pena, establecida por la ley. Estos factores se dividen en dos, los factores directos que son aquellos que provienen directamente del delito, especialmente de sus elementos graduables como lo son la culpabilidad y la antijuridicidad. Y los factores indirectos, que son aquellos que no intervienen directamente en el delito, sino que son cuestiones que se relacionan con la pena como son la igualdad, la legalidad y la humanidad, estos últimos factores se vinculan con la pena y la concepción del *ius puniendi*, y aunque no responden a elementos propios del delito, mantienen una correspondencia que permite determinar una pena proporcionada al injusto culpable (Guzmán Dalbora, 2021, p. 286) .

Como ya se estableció en algunos acápite atrás, la pena natural no halla su naturaleza jurídica en la antijuridicidad, ni en la culpabilidad. Por tanto, habrá que enfocarse en los factores indirectos de la conmensuración, que para el autor Guzmán Dalbora su “finalidad es precaver que con penas en abstracto idénticas hayan de sufrir concretamente más algunos que otro grupo de personas, y las que se hacen cargo del influjo del tiempo en la condición humana” (p. 286).

De lo anterior, es posible entender la pena natural como un factor indirecto de la conmensuración penal, y su puerta está en el principio de humanidad al que aluden estos factores. Pero este principio debe reconocer una fuente anterior que se halla en la humanidad como idea del Derecho. Este reclamo humanitario en la imposición de las penas viene dado por el reconocimiento, cuestión que ha sido largamente estudiada en el primer capítulo.

## **Conclusión**

Esta investigación inició con la pregunta si la llamada pena natural, a la luz de la idea de la humanidad, puede tener repercusiones en la conmensuración de la pena judicial. Para ello se estructuró el trabajo en tres capítulos que tenían tres objetivos distintos.

El primero estaba dirigido a determinar qué es lo humano, porque si se está intentando aplicar la humanidad como idea en el Derecho, primero se debe esclarecer la eterna incógnita de su propio concepto. Con los estudios de la antropología filosófica y de la etología se advirtió que hay una característica del hombre que permanece y que se distingue del resto de las especies, esta es el lenguaje. Sin embargo, para que el lenguaje pudiera desarrollarse en el hombre, existieron determinadas condiciones necesarias para su surgimiento, en particular, la capacidad humana de reconocerse en el otro. Esto ha sido observado a lo largo de la historia por distintos pensadores como Maturana, Rousseau, Goethe, Scheler, Plessner y Von Humboldt, quienes en momento distintos en la historia, han observado como lo más propio del humano es reconocerse en el otro, y como esa posibilidad, permite desarrollar el lenguaje capaz de comunicar emociones e ideas complejas.

Pero determinar cuál es la nota distintiva de lo humano, es solo el primer paso para poder arribar y determinar a la humanidad como idea del Derecho. Determinar lo humano a lo largo de la historia del pensamiento filosófico ha ido de la mano con sus implicancias éticas, así por ejemplo, es una idea más o menos asentada de que el hombre es digno porque es un fin en sí mismo al ser libre. Sin embargo, resulta superflua la afirmación de que la dignidad humana provenga de una simple característica del hombre. Es cierto, el hombre es capaz de determinar sus acciones, sus movimientos, tiene la facultad de decidir por sí mismo su quehacer, pero eso no es demasiado diferente a lo que pueden hacer los animales. Pues bien, en respuesta de lo anterior, este trabajo determinó que hay una cuestión mucho más profunda detrás de la dignidad humana, que no se fundamenta con su libertad, sino que con el mismo reconocimiento. Siguiendo a Maturana, se decía que el reconocimiento tenía implicancias éticas, y esas se deducen en que no es posible constituirse como humano sino en tanto que existe el reconocimiento con el otro. Y por tanto, para el desarrollo como hombre, como especie, es menester contar con el otro, y es ahí donde se fundamenta y cobra sentido la dignidad.

Asentada esa idea, se dio paso a la teoría del reconocimiento de Honneth, que tiene que ver con la visibilidad pública que tiene una persona, es decir, a medida que se valora una persona como tal, es que se le está reconociendo. Él entiende tres formas de reconocimiento y desprecio,

siendo el más relevante para este trabajo el Derecho. Para Honneth, esta forma de reconocimiento está vinculada con las condiciones materiales de igualdad de oportunidad, que son las luchas ganadas a través de la historia, como el voto femenino, los derechos de minorías sexuales, etc. Entonces, el Derecho lo que se gana es la libertad y el respeto, proveniente del reconocimiento recíproco. En el tener derechos, es posible dar cuenta que se es respetados por los demás, desarrollando el autorrespeto, pero aquello es de forma recíproca porque, el sujeto también reconoce deberes y obligaciones respecto el resto. La forma de menosprecio de esta manera de reconocimiento es la desposesión de pretensiones individuales, perdiendo el autorrespeto que se había ganado.

Aclarado lo anterior, quedaba por resolver cómo todo aquello que se había desarrollado se proyectaba en el mundo del Derecho. Derribada la posibilidad de que la humanidad sea considerada como un principio o como un concepto del Derecho, se llegó a la idea del Derecho. Estableciendo que si la idea es el valor supremo cultural que se halla unida a la sociedad alta (como ha sido conocida históricamente la humanidad), no queda más que deducir que la idea del Derecho es la humanidad. Entendiendo por tal como aquella unidad indisoluble entre humanos dada por el reconocimiento intersubjetivo en virtud de su origen y que persiste a toda condicionalidad histórica.

Tras dilucidar a la humanidad como idea del Derecho, se hacía menester determinar a la pena natural como institución jurídica, dándose un concepto que fuera capaz de abarcar los límites para su futura aplicación. Para ello se dio una contextualización histórica de la *poena naturalis*, es decir, de qué forma era considerada por los filósofos antiguos. Con ello, se dio cuenta que no era mayormente incluida para la imposición de la pena estatal, siendo Klein y Feuerbach los únicos que le dieron cabida en el Derecho penal. Además, por un lado, se analizó su aplicación actual por los tribunales de justicia nacionales, y por otro lado, se examinó desde el Derecho comparado las distintas legislaciones que sí contienen la pena natural dentro de sus ordenamientos jurídicos. De ello se advirtió que, aunque se ha estado de forma evidente frente a casos de pena natural, la jurisprudencia nacional es reticente a aplicarla al no existir regulación expresa, y por otro lado, que su regulación a nivel comparado es dispar.

Respecto a la extensión de la pena natural, se determinó que la institución implica los daños físicos —es decir, aquellos efectos lesivos que recaen en la integridad física del sujeto— y los daños morales —es decir, cuando tal efecto se dirige a la integridad física de una persona vinculada al sujeto por lazos de amor, de amistad o de familia—; comprendiendo que las personas abarcadas por el daño moral son precisamente aquellas con las que se tiene un lazo, cuestión que no debe ser regla de forma objetiva, porque el vínculo entre un padre y una hija no implica necesariamente una relación de amor. Se hace la precisión, porque lo que provoca el sufrimiento insostenible en el sujeto en las hipótesis de pena natural, es precisamente el vínculo estrecho que mantiene el sujeto y la víctima. Y finalmente, se comprende que las hipótesis de *poena naturalis* pueden ser realizadas con dolo o culpa, porque ninguna de ellas excluye la consecuencia gravosa del acto, que es lo que precisamente torna inhumana la pena.

Finalmente, conceptualizada la humanidad como idea del Derecho y la pena natural como institución aplicable al Derecho penal, quedaba por determinar la naturaleza jurídica de este. Para ello se examinó el proceso penal, la teoría del delito y de los fines de la pena, no teniendo resultados favorables para su inclusión en ninguna de ellos. No parecería prudente, dada la complejidad de la pena natural, dejarla al arbitrio del fiscal y al inicio del proceso en virtud del principio de oportunidad. Tampoco era posible comprenderla como una causa de degradación de la antijuridicidad o de la culpabilidad, ya que no existía ninguna figura que se le pareciese, ni el fundamento de estas era compatible con las razones que estaban detrás de la aplicabilidad de la institución. Sin embargo, quedaba por analizar la conmensuración de la pena, que constituía parte de la pregunta principal objeto del presente trabajo.

Concluyendo, la pena natural debe ser comprendida como factor indirecto de la conmensuración de la pena, que se relaciona, en particular con el principio de humanidad. Este último debe reconocer inspiración en la idea del Derecho que se ha venido desarrollando, hallando ahí, el fundamento de la exigencia humanitaria de la inclusión de la institución en este punto de la concreción de la pena.

## **Bibliografía**

- Alexy, R., 1993. *Teoría de los Derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Anguita, E., 2013. *La belleza de pensar*. Primera ed. Valparaíso: Editorial UV.
- Apolodoro, 1987. *Biblioteca mitológica*. Madrid: Akal.
- Aristóteles, 1978. *Acerca del alma*. Primera ed. Madrid: Gredos.
- Aristóteles, 1988. *Política*. Madrid: Gredos.
- Aristóteles, 2011. *Metafísica*. Primera ed. México: Porrúa.
- Atienza, M., 2011. *El sentido del derecho*. Primera ed. Barcelona: Editorial planeta.
- Bacigalupo, E., 1998. Principios de culpabilidad, carácter del autor y poena naturalis en el Derecho penal actual. En: *Teorías actuales en el Derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, pp. 131 - 152.
- Beorlegui, C., 2009. *Antropología filosófica. Nosotros: urdidumbre solidaria y responsable*. Tercera ed. Bilbao: Universidad de Deusto.
- Bobadilla, C., 2016. La "pena natural": fundamentos, límites y posible aplicación en el derecho chileno. *Política criminal*, 11(22), pp. 548 - 619.
- Buber, M., 1967. *¿Qué es el hombre?*. Sexta ed. México: Fondo de cultura económica.
- Bustos Rubio, M., 2016. El reflejo de la poena naturalis en la poena forensis. Posibilidades en Derecho penal español. *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, Issue 19, pp. 118 - 145.
- Canestrari, S., Cornacchia, L. & De simone, G., 2017. *Manuale di diritto penale*. bologna: edimill.
- Carrara, F., 1867. *Programma corso di diritto criminale*. Pisa: Giusti.
- Choclán Montalvo, J. A., 1999. La pena natural. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Issue 3, pp. 1910 - 1916.
- Codesido, E. & Martini, S., 2005. *El concepto de pena y sus implicancias jurídicas en Santo Tomás de Aquino*. Buenos Aires: El Derecho.
- Correa da Luz, Y., 2012. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. *Direito e desigualdades no século XXI*, Volumen 8.

- Coscia, O., 2000. Poena naturalis versus pretensión estatal. *Revista jurídica de Lexjuris*, I(1).
- Cury, E., 2005. *Derecho penal. Parte general*. Octava edición ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- De Azcárate, P., 1871. *Obras completas de Platón*. Madrid: Medina y Navarro ediciones.
- de Lardizábal y Uribe, M., 2001. *Discurso sobre las penas*. Vitoria-Gasteiz: Ararteko.
- de Rivacoba y Rivacoba, M., 1993. *Función y aplicación de la pena*. primera ed. Buenos Aires: Ediciones de palma.
- de Rivacoba y Rivacoba, M., 1995. Orden político y orden penal. *Revista chilena de Derecho*, 22(2), pp. 201 - 212.
- de Rivacoba y Rivacoba, M., 2015. *Academia.edu*. [En línea] Available at: [https://www.academia.edu/32428029/funci%C3%B3n\\_y\\_aplicaci%C3%B3n\\_de\\_la\\_pena](https://www.academia.edu/32428029/funci%C3%B3n_y_aplicaci%C3%B3n_de_la_pena) [Último acceso: 19 09 2021].
- del Vecchio, G., 1975. *Los principios generales del Derecho*. Barcelona: Bosch casa editorial.
- Eibl-Eibesfeldt, I., 1972. *Amor y odio*. México: Siglo XXI editores.
- Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagua y Alejandro Slokar, 2006. *Manual de Derecho penal, Parte General*. Segunda ed. Buenos Aires: Ediar.
- Eurípides, 1979. *Tragedias III*. Madrid: Gredos.
- Faralli, C., 2014. *Le grandi correnti della filosofia del diritto*. Torino: G. Giappichelli Editore.
- Ferrater Mora, J., 1964. *Diccionario de filosofía. Tomo I A - K*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.
- Feuerbach, P. J., 1989. *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*. Buenos Aires: Editorial Hamurabi.
- Firenze, A., 2019. Lacking what? On the Welt-Umwelt dichotomy in Heidegger and Gehlen. *Enrabonar. An International Journal of Theoretical and Practical Reason*, Volumen 63, pp. 39 - 53.
- Freudenthal, B., 2006. *Culpabilidad y reproche en el Derecho penal*. Buenos Aires: BdeF.

García Bacca, J. D., 2012. *Los presocráticos*. primera edición digital ed. Ajusco: Fondo cultura económica.

García Maynez, E., 1964. *Introducción al estudio del derecho*. 12a. ed. México: Porrúa.

Gehlen, A., 1993. *Antropología filosófica*. Buenos Aires: Editorial Paidós.

Giannini, H., 1992. *Breve historia de la filosofía*. décima primera ed. Santiago: Ediciones universitarias.

Goethe, J. W., 2000. *Ensayos sobre arte y literatura*. Málaga: Universidad de Málaga.

Goethe, J. W. v., 2014. *Fausto*. Barcelona: Austral.

Graves, R., 2013. *Selected Poems*. Londres: faber and faber.

Guzmán Dalbora, J. L., 2015. *Elementi di filosofia giuridico-penale*. Primera ed. Napoli: Editoriale Scientifica.

Guzmán Dalbora, J. L., 2017. La anomalía de la adaptación de la penalidad en los delitos contra la propiedad, según la ley n°20.931. *Revista de Ciencias Penales*, XIV(4), pp. 11 - 18.

Guzmán Dalbora, J. L., 2019. *Cultura y delito*. Valparaíso: EDEVAL.

Guzmán Dalbora, J. L., 2021. Pena natural y conmensuración de la pena. En: J. Couse, H. Hernández & F. Londoño, edits. *Justicia criminal y dogmática penal en la era de los Derechos humanos. Estudios en homenaje a jorge mera figueroa*. Santiago: Thomson Reuters, pp. 275 - 300.

Guzmán, J. L., 2009. *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*. Santiago: Editorial B de F.

Hegel, G., 1969. *Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Claridad.

Heidegger, M., 2007. *Los conceptos fundamentales de la metafísica*. Madrid: Alianza editorial.

Hesíodo, 1978. *Teogonía*. Madrid: Gredos.

Hobbes, T., 1980. *Leviatán*. Segunda ed. Madrid: Editorial Nacional.

Honneth, A., 1997. *La lucha por el reconocimiento*. Barcelona: Editorial Crítica.

Honneth, A., 2011. *la sociedad del desprecio*. Madrid: editorial trota.

Horvitz Lennon, M. I. & López Masle, J., 2003. *Derecho procesal penal chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Hume, D., 1992. *Tratado de la naturaleza humana*. Segunda ed. Madrid: Tecnos.

Husserl, E., 1987. *meditaciones cartesianas*. Tercera ed. México: Fondo de cultura económica.

Jakobs, G., 1992. el principio de culpabilidad. *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, T. XLV(fascículo III), pp. 1051 - 1083.

Jakobs, G., 1995. *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Marcial Pons Ediciones jurídicas.

Jescheck, H.-H., 1981. *Tratado de Derecho penal parte general*. Barcelona : Bosch casa editorial.

Jescheck, H.-H., 1993. *Tratado de Derecho penal*. s.l.:Granada: comares.

Jiménez de Asúa, L., 1952. *Tratado de Derecho penal. Volumen VII*. segunda edición ed. Buenos Aires: Losada.

Jiménez de Asúa, L., 1963. *Tratado de Derecho penal. Volumen III*. Buenos Aires: Editorial Losada.

Kant, I., 2001. *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. Madrid: alianza editorial.

Kant, I., 2005. *Metafísica de las costumbres*. Cuarta ed. Madrid: Tecnos.

Kaufmann, A., 1999. *filosofía del Derecho*. segunda edición digital ed. Bogotá: Universidad externado de Colombia.

Klein, E. F., 1796. *Grundsätze des gemeinen deutschen und preussischen peinlichen Rechts*. Halle: Hemmerde und Schwetschke.

Kuhn, T., 2010. *La estructura de las revoluciones científicas*. Primera edición electrónica ed. México: Fondo de cultura económica.

Kuhn, T., Sneed, J. & Stegmüller, W., 2015. *Paradigmi e rivvoluzioni nella scienza*. Roma: Armando editore.

López Diaz, C., 1999. *Código Penal Alemán*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Lorenz, K., 2005. *Sobre la agresión: el pretendido mal*. Vigésimosegunda ed. Buenos Aires: Siglo Ventiuno ediciones.

Mandolfo, R., 1957. El sol y las Erinias según Heráclito: Fragn. 94. *Universidad*, Issue 41, pp. 19 - 28.

Manjón-Cabeza Olmeda, A., 2008. La poena naturalis en el Derecho penal vigente. En: *Estudios penal en homenaje a Enrique Gimbernat*. España: Edisofer, pp. 1121 - 1147.

Mañalich, J. P., 2015. Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva. *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, Issue 2.

Martín Heidegger y Eugen Fink, 2017. *Heráclito*. Segunda edición ed. Ciudad de México: Fondo de cultura económica.

Maturana Miquel, C. & Montero López, R., 2010. *Derecho procesal penal*. Santiago: AbeledoPerrot LegalPublishing.

Maturana Romesín, H., 2006. *Desde la biología a la psicología*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria.

Mayer, M. E., 1937. *Filosofía del Derecho*. Barcelona: Labor.

Moreno, G., 2018. La pena natural como criterio de oportunidad: un freno al expansionismo penal. *Revista Iuris*, 2(17), pp. 105 -122.

Náquira, J., 2008. Principios y penal en el Derecho penal chileno. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.

Ortiz Quiroga, L., 2021. De la pena natural (En referencia a la sentencia pronunciada por la tercera sala del tribunal del juicio oral en lo penal de arica RUC° 1510022971-1, y de los fallos que le siguen). En: *Justicia Criminal y dogmática penal en la era de los Derechos Humanos*. Santiago : Thomson Reuters, pp. 251 - 275.

Platón, 1985. *Diálogos I*. Primera ed. Madrid: Gredos.

Politoff, S., Matus, J. P. & Ramirez, M. C., 2004. *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte especial*. Santiago: Editorial jurídica de Chile.

Radbruch, G., 2007. *Filosofía del Derecho*. Madrid: Editorial Reus.

Reinhart Maurach, K. H. y. H. Z., 1989. *Derecho penal Parte general*. Buenos aires: Astrea.

Ricoeur, P., 2006. *camino del reconocimiento*. primera edición en español ed. México: Fondo de cultura económica.

Rousseau, J.-J., 2008. *Ensayo sobre el origen de las lenguas*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba y Encuentro grupo editor (Coedición).

Roxin, C., 2000. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del PUerto s.r.l..

Rubio, M. B., 2016. El reflejo de la poena naturalis en la poena forensis. *Teorder*, Issue 19, pp. 118 - 144.

Ruiz Miguel, A., 2018. Gracia y justicia: el lugar de la clemencia en torno a la pena natural. *Indret Penal: Revista para el análisis del Derecho*, Issue 2.

Russell, B., 2013. *Historia de la filosofía occidental I*. Barcelona: Austral.

San Agustín, 2010. *Confesiones*. Madrid: Gredos.

San Agustín, s.f. <https://www.augustinus.it/>. [En línea]  
Available at: [https://www.augustinus.it/spagnolo/libero\\_arbitrio/](https://www.augustinus.it/spagnolo/libero_arbitrio/)  
[Último acceso: 21 septiembre 2021].

Scheler, M., 2003. *El puesto del hombre en el cosmos*. Buenos Aires: Losada.

Sepúlveda, S. O., 2013. El concepto de reconocimiento en Hegel: un principio de justicia social. *Revistas UdeA*, 2(3), pp. 115-1124.

Serrano Maíllo, A., 1996. *La compensación en el Derecho penal*. Madrid: Dykinson.

Silva Sánchez, J. M., 2014. ¿Puede considerarse el remordimiento una "poena naturalis"? *Indret: revista para el análisis del Derecho*, Issue 3.

Silva Sánchez, J. M., 2018. *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*. Segunda ed. barcelona: Atelier praxis jurídica.

Sprotte, S., 2013. *Die poena naturalis im Straf- und strafzumessungsrecht*. Frankfurt: Peter Lang.

S. T., 1993. *Suma de Teología II parte I-II*. Segunda ed. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.

Stammler, R., 1930. *Tratado de Filosofía del Derecho*. Madrid: Editorial Reus.

Torrallba Roselló, F., 2005. *¿Qué es la dignidad humana?*. Barcelona: Editorial Herder.

Varela, F., 2018. *Autopoiesis*. Valparaíso: editorial UV.

Varela, F. & Maturana Romesín, H., 2003. *El árbol del conocimiento*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria con Editorial Lumen (coedición).

Vásquez Luna, R., 2020. El ser humano como ser vivo de Helmut Plessner. Traducción con intruducción y notas. *Revista internacional de filosofía*, Volumen XX, pp. 139 - 165.

Von Humboldt, W., 2012. *Briefe an meine freunde*. Altenmünster: Jazzybee Verlag.

Von Jhering, R., 2013. *El elemento de la culpabilidad en el Derecho privado romano*. montevideo: BdeF.

Wittgenstein, L., 1979. *Cartas a Russell, Keynes y Moore*. Madrid: Taurus.

Zaffaroni, E. R., 2016. *Derecho penal humano y poder en el siglo XXI*. Managua: INEJ.

Ziffer, P., 1996. *Lineamientos de la determinación de la pena*. buenos aires: Ad-hoc.