



UNIVERSIDAD DE ATACAMA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO

**MITIGACIÓN DE LA AFLICCIÓN PENAL POR MEDIO DE LA
LLAMADA PENA NATURAL Y LOS DENOMINADOS
COMPORTIMIENTOS POSTDELICTIVOS POSITIVOS**

MARÍA ELBA CORTÉS CORTÉS

2021



UNIVERSIDAD DE ATACAMA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO

**MITIGACIÓN DE LA AFLICCIÓN PENAL POR MEDIO DE LA
LLAMADA PENA NATURAL Y LOS DENOMINADOS
COMPORTIMIENTOS POSTDELICTIVOS POSITIVOS**

MEMORIA PRESENTADA EN CONFORMIDAD A LOS REQUISITOS PARA OPTAR AL GRADO
DE LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS EN LA UNIVERSIDAD DE ATACAMA

MARÍA ELBA CORTÉS CORTÉS
PROFESOR GUÍA: DR. RAMÓN BELTRÁN CALFURRAPA

ATACAMA, CHILE

2021

CONTENIDO

AGRADECIMIENTOS.....	4
INTRODUCCIÓN.....	5
CAPITULO I: APROXIMACIÓN AL PROBLEMA.....	8
1. DETERMINACIÓN, FUNCIÓN Y EQUIVALENTES DE LA PENA.....	8
2. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD PENAL.....	13
CAPITULO II: LA PENA Y LA AFLICCIÓN PENAL.....	16
1. DIMENSIÓN FÁCTICA.....	16
2. ¿LA PENA ES PROPORCIONAL A LA AFLICCIÓN PENAL?.....	18
CAPITULO III: LA PENA NATURAL COMO POSIBLE SOLUCIÓN.....	23
1. NOCIONES PRELIMINARES SOBRE LA PENA NATURAL	23
2. PARALELO CON LA PENA FORENSIS.....	24
3. LA PENA NATURAL EN EL DERECHO COMPARADO	25
4. LA PENA NATURAL Y EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD PROCESAL	29
5. ANÁLISIS A NORMATIVA VIGENTE CON RELACIÓN A UNA POSIBLE APLICACIÓN DE LEGE LATA.....	33
5.1 ARTÍCULO 398 DEL CÓDIGO PROCESAL	33
5.2 ARTÍCULO 69 DEL CÓDIGO PENAL.....	35
6. ¿LA PENA NATURAL CONLLEVA EN CIERTO GRADO UN COMPORTAMIENTO POSTDELICTIVO POSITIVO?.....	37
CAPITULO IV: COMPORTAMIENTOS POSTDELICTIVOS	40
1. NOCIONES PRELIMINARES ACERCA DE LOS COMPORTAMIENTOS POSTDELICTIVOS.....	40
2. EXENCIÓN DE LA PENA POR COMPORTAMIENTOS POSTDELICTIVOS POSITIVOS.....	44
2.1 DESISTIMIENTO EN LA TENTATIVA.....	45
2.2 REMORDIMIENTO Y ARREPENTIMIENTO.....	48
2.3 COLABORACIÓN CON LA JUSTICIA.....	50
2.4 REPARACIÓN DEL DAÑO O PERJUICIO CAUSADO	51
CAPITULO V: CONSIDERACIONES DE LEGE FERENDA.....	55
CONCLUSIONES.....	59
BIBLIOGRAFÍA	61
JURISPRUDENCIA.....	68

AGRADECIMIENTOS

*En primer lugar, agradecer a mis cuatro pilares, mis padres y
hermanos.
Mi gratitud, también a todo aquel que colaboró en la elaboración de esta tesis,
incluso con un mensaje de apoyo.*

INTRODUCCIÓN

Como se sabe la política criminal ¹es la conductora de las decisiones que se deben tomar en el campo punitivo, ya sea en miras de una revisión crítica de lo ya establecido, o bien en aras de proporcionar soluciones a la realidad social que se esté viviendo en un momento dado. En tal contexto, y considerando las nuevas realidades jurídico-penales relevantes, un tema de suma importancia para la reestructuración de una política criminal respetuosa de los Derechos fundamentales es el tratamiento de la pena natural y los comportamientos postdelictivos positivos.

En efecto, no es desconocido que desde hace siglos se viene hablando de la denominada pena moral, sanción divina o sanción natural. Así, HOBBS ya explicaba en el año 1980 que: *“aunque ciertas acciones llevan consigo, por naturaleza, diversas consecuencias perniciosas, como, por ejemplo, cuando un hombre al atacar a otro resulta muerto o herido, o cuando cae enfermo por hacer algún acto ilegal, semejante daño, aunque con respecto a Dios, que es el autor de la naturaleza, puede decirse que es infligido por él, y constituye, por tanto, un castigo divino, y a la vez no estaría en ningún cuerpo normativo, sino que trasciende el poder soberano”*².

Inclusive NAGLER, pese a recalcar en el carácter estrictamente jurídico de la retribución del delito, llegó también a reconocer que tiene en el espíritu humano la misma raíz que la retribución divina, moral y social³. De allí entonces, en otras palabras, que se haya interpretado por un sector, que la pena no debe ser estrictamente retributiva al delito, no solo queda en una ambigüedad, sino más apropiadamente sería un concepto para corregir y perfeccionar. De hecho, deteniéndonos nada más sobre este último punto, y vinculándolo con una de las ideas de esta monografía que es la proporcionalidad, correlación y equivalencia que debe tener el delito con la pena a imponerse, el concepto de *“búsqueda de la justicia”* como tal, no es único, sino que está sujeto a interpretaciones y modificaciones, y con ello se hace patente, al mismo tiempo, el defecto propio que aqueja a una tesis de retribución restrictiva de la pena como tal.

De lo anterior se desprenden los cimientos de la denominada pena natural, que, aunque hoy en día tiene ribetes diferentes, no hace más que referencia a aquella

¹ Según VON LISZT, la Política Criminal es *“el arte de enjuiciar críticamente al Derecho Penal en vigor y de realizar su reforma o modificación, de acuerdo con los datos proporcionados por la ciencia sobre la forma y recursos más adecuados para combatir el delito”*. VON LISZT, Franz, “Tratado de Derecho Penal”, Tomo I, página 7, citado por Cury, Enrique. (1994). *“Derecho penal”*, Parte general, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, Segunda edición, pág. 96.

² HOBBS, Thomas. (1980). *El Leviatán*, 2ª edición, SÁNCHEZ SARTO, Manuel (Trad.), Argentina: Fondo de Cultura Económica, pág. 255.

³ NAGLER, Johannes. (1970) *Die Strafe. Eine juristische-empirische Untersuchung*, Aalen: Scientia Verlag, (reimpresión de la edición de Leipzig, 1918), pág. 569-570.

situación que le toca sufrir a una persona cuando las consecuencias del delito que cometió son de tal envergadura y aflicción, que pueden significar una dispensa o aminoramiento de la pena que podría imponérsele.

Por otra parte, el otro tema que abarca esta tesis son los comportamientos postdelictivos positivos y estos no comprenden un concepto específico, sino más bien se ven vinculado a las causas de levantamiento de la pena que anularían una punibilidad inicial, dicho de otra forma, serían excusas absolutorias posteriores al hecho punible, ya que se aplicarían sobre actos o hechos posteriores al ilícito mismo. Como señala ÉRIKA MENDES DE CARVALHO para poder comprender las proximidades de los comportamientos postdelictivos es necesario introducirnos a la teoría general de la punibilidad⁴, y esto supone una redefinición normativista de la noción del delito, como desarrolla la misma autora, una reflexión similar, desde el punto de vista de punibilidad y a su juicio se definiría el delito no por sus caracteres, sino por sus consecuencias⁵.

Las dos instituciones jurídicas anteriormente mencionadas no encuentran un lugar específico como tal en nuestro ordenamiento jurídico procesal penal, no obstante, lo cual sí existen avances dogmáticos y jurisprudenciales que ayudarían a perfilar sus contornos, especificidades y finalidades. De esta manera, se evidencian aspectos germinales para el tratamiento tanto de la pena natural como de los comportamientos postdelictivos positivos, razón por la cual, a partir de las denominadas teorías finalistas, resulta plenamente factible dar un tratamiento orgánico y sistemático a tales institutos.

Por consiguiente, la hipótesis del estudio de esta investigación pretende inquirir la relación de la pena natural con los comportamientos postdelictivos positivos, con miras a mostrar la significación de la aminoración de la aflicción penal en concordancia con los principios de un Estado Democrático de Derecho como es el de nuestro país.

Para obtener el objeto de nuestro estudio, hemos dividido nuestro trabajo en cinco capítulos, conclusiones y referencias a bibliografía y jurisprudencia.

En el primer capítulo trataremos la aproximación al problema, que incluye la determinación, valoración y función de la pena, equivalentes de la pena y las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.

El segundo capítulo, se basará en la pena y la aflicción penal, puntualizando la dimensión fáctica y responderemos a una pregunta central, ¿la pena es proporcional a la aflicción penal?

Respecto al tercer capítulo, haremos un análisis detallado sobre la pena natural como posible solución, exponiendo nociones preliminares sobre la pena natural, el paralelo con la pena forense, el abordaje que tiene el derecho comparado sobre este tema,

⁴CARVALHO, M. Érika. (2008). “*Comportamiento postdelictivos y fines de la pena*”, 1.ª edición, ARA editores, ISBN: 978-9972-238-29-1, página 37 y siguientes.

⁵ CARVALHO, M. Érika. (2007). “*Punibilidad y delito*”, 1.ª edición REUS, S.A. ISBN: 978-84-290-1481-5. Página 55.

vinculación con el principio de oportunidad procesal, un análisis no menor de cierta normativa y, si ¿la pena natural conlleva en cierto grado un comportamiento postdelictivo positivo?

El cuarto capítulo, desarrolla uno de los asuntos centrales de la monografía, el cual es, los comportamientos postdelictivos, así como, entre los apartados están las nociones preliminares acerca de los comportamientos postdelictivos y exención de la pena por medio de estos.

En última instancia, el capítulo quinto, se trata de las reflexiones de lege ferenda de la hipótesis del estudio, como principales cuestiones están, la posibilidad de adhesión en Chile y la jurisprudencia indiciaria del tema en nuestro país.

Para el desarrollo de este estudio utilizaremos un enfoque de investigación con criterios de carácter dogmático, descriptivo y experimental, de esta manera se procura presentar la situación actual del conocimiento acerca del tema principal a tratar y, del mismo modo, proporcionar propuestas con vistas a futuro que sirvan para una posible aplicación de la pena natural y los comportamientos postdelictivos positivos como equivalentes funcionales de la pena, ya sea, de forma copulativamente o alternativamente como una forma de mitigar la aflicción penal en el proceso penal chileno, en el cual no existe un desarrollo de las instituciones jurídicas anteriormente señaladas. Para llevar a cabo este trabajo se examinará tanto doctrina y jurisprudencia en la esfera internacional y nacional.

CAPÍTULO I APROXIMACIÓN AL PROBLEMA

1. DETERMINACIÓN, FUNCIÓN Y EQUIVALENTES DE LA PENA

Para establecer la determinación y finalidad de la pena, debemos analizar las existentes teorías sobre los fines de esta, para ello es necesario establecer que estas procuran determinar la función de la pena o sanción y que, a su vez, permite disponer cuál es el rol que tiene el Derecho Penal en general.

En este apartado aludiremos superficialmente a las más significantes teorías de la pena, siendo necesario, para los siguientes temas de este trabajo. Entre ellas están las teorías absolutas y relativas, en su vertiente general y especial y por último las mixtas. Habremos de considerar que estas teorías hoy en día tienen una connotación diferente a cuando recién se implantaron o desarrollaron.

La teoría retributiva o absoluta se inspira en autores como TOMAS DE AQUINO, GEORG W.F HEGEL y IMMANUEL KANT, éste último señalaba que la justicia es un valor absoluto y debe ser respetada cueste lo que cueste, haciendo referencia a que, se justifica el cumplimiento de la obligación o medio de la coacción. Este mandamiento que proclama KANT deriva en el denominado “*Imperativo categórico*”⁶, pero siendo críticos de esta postura, KANT cuando alude al imperativo categórico lo hace más bien en referencia a la ley penal y no a la pena en sí misma. Ya que, la imposición de dicho deber categórico alcanza tanto al legislador como al encargado de aplicar el derecho, el juez o tribunal como colegiado, obligándolos a respetar principios fundamentales tales como el de legalidad, lesividad, igualdad, entre otros.

Y desde un punto de vista diferente, pero sin embargo aún en esta postura de retribución, FRIEDRICH HEGEL, sustenta la pena en una reflexión dialéctica, pues si, el delito es la negación del derecho y la pena lo es del delito, la pena no es, sino la afirmación del derecho⁷, entonces es la “*negación de la negación del derecho*” en términos de HEGEL⁸. En resumen, trata de darle cierta dignidad a la víctima y recalca la racionalidad de quien realiza el hecho y que debe unirse a la responsabilidad que conlleva el acto realizado para darle, a nuestro juicio, esa injerencia que a su parecer debe tener el Estado.

⁶ KANT, Immanuel, “*Das Strafgesetz ist ein kategorischer Imperativ*”, MdS, cit. (n. 5), página 331.

⁷ HEGEL, G.W.F. (1975). *Filosofía del Derecho*, México, página 109.

⁸ Para saber, la ley de la negación de la negación. Es una de las leyes fundamentales de la dialéctica. Fue formulada por primera vez en el sistema idealista de HEGEL. La ley de la negación de la negación fundamenta el carácter progresivo del desarrollo, expresa la sucesión, el vínculo de lo nuevo con lo viejo y el hecho de que en una fase superior de desarrollo se repiten algunas propiedades de la fase inferior. HEGEL, G.W.F., *Filosofía del Derecho*, México, 1975.

Paralelamente, están las teorías de prevención o relativas, que básicamente buscan otro fin a la pena y se dividen en general y especial y cada una de ellas en positiva y negativa.

La teoría de prevención general negativa, amén de, que por medio del carácter disuasivo de la conminación penal y de la consecuente aplicación de la sanción al responsable, genere un efecto en el receptor. Esta aversión previene que la sociedad ejecute el comportamiento legalmente prohibido, de manera que reprocha el comportamiento delictivo, siendo su gran exponente VON FEUERBACH, quien asentó que el fin de la pena es prevenir, por medio de la intimidación, las acciones que se caracterizan por ir contra el ordenamiento jurídico ⁹.

En la misma teoría preventiva general, pero en su plano positivo, se respalda el confirmar las expectativas de cumplimiento de las normas jurídicas que cualquier persona tiene, y que se ven quebrantadas cuando terceras personas cometen un delito, y lo que se busca es la protección por el mandato normativo y principalmente educar al grupo social, siendo su gran exponente GÜNTHER JAKOBS, con su denominado "*Feindstrafrecht*"¹⁰.

En cambio, la teoría preventiva especial, en su finalidad no pone a la sociedad como principal receptor, sino, al malhechor y en su vertiente negativa, su fin es la intimidación y en su aspecto positivo, lo que, a fin de cuentas, es el resocializar al sujeto.

Para terminar este repaso por las teorías de la pena, están las mixtas o eclécticas, que como dice su nombre son una fusión de las anteriores y de esta combinación busca recoger los elementos más enriquecedores de cada una. Aprueban el binomio de la aplicación del carácter represivo y preventivo de las penas, dentro de sus exponentes, está CLAUS ROXIN que nos señala que las normas penales solamente están justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual y a un orden social que está a su servicio¹¹.

⁹ CASTILLO, Juan Pablo. (2011). "*Ecensión a Paul Johann Anselm Ritter Von Feuerbach, Anti-Hobbes. O sobre los límites del poder supremo y El derecho de coacción del ciudadano Contra el soberano*". Cuadernos de política criminal, Numero 105, III, Época II, pagina 269-336. ISSN: 0210-4059 Visitado el 30 de julio de 2021.

¹⁰ Termino que en español significa "Derecho Penal del Enemigo", es un concepto de derecho penal proyectado en 1985 por el profesor de derecho penal y filósofo jurídico alemán GÜNTHER JAKOBS. El Feindstrafrecht dice que ciertas personas, como enemigos del Estado, no merecen las protecciones de la ley civil o penal. El Feindstrafrecht permite todos los medios disponibles para perseguir y castigar a esos enemigos.

¹¹ ROXIN, Claus. (2001). "*Transformaciones de la Teoría de los fines de la pena*", en "*Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales*", Libro Homenaje al profesor Claus Roxin, 1.^a edición., Lerner, Córdoba, Argentina, ISBN: 950-528-048-8. paginas 211-226.

Luego de esta inmersión en el tema, la investigación presentada en esta monografía se refiere a un conjunto de proyecciones y proposiciones sobre una reestructuración, esto es, se refiere al modo en que ciertas reglas son aplicadas frecuentemente por los jueces y como estas podrían tener un tratamiento diverso en favor del sistema procesal penal chileno, siendo, factible el análisis de la determinación de la pena de un modo más extenso.

En nuestro país, la determinación que se realiza de la pena se rige por lo comprendido en el artículo 69 de nuestro Código Penal¹², que versa “*los tribunales determinaran la cuantía de la sanción en atención a parámetros como el número y entidad de las excusas de atenuación y agravación, con nexo a la extensión del mal producido por el acto delictivo*”.

Notoriamente, la regla del artículo 69 del Código Penal se emplea desde los presupuestos que el tribunal tiene que barajar al aplicar la cuantía de una sanción, estos son dos, el primero es el número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes que sabemos, se omiten si no concurren. El segundo, la mayor o menor extensión del mal producido por el delito, tomando en consideración los elementos objetivos que son propios de cada tipo penal, este último también presenta problemáticas, pues, no se establece la graduación de esa mayor o menor extensión, pero, sobre esto no entraremos a discutir en este momento, ya que en lo posterior de la memoria ahondaremos en este punto.

De ahí que, las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal sean unos de los elementos sustanciales y a la vez intrínseco en el análisis de la determinación de la pena exacta, porque estas circunstancias integran el seno principal para determinar dicha extensión del mal producido, puesto que, se enlaza con otros elementos como la necesidad de la pena o la idoneidad de esta en el caso concreto.

Respecto de lo anterior, existen autores, como VAN WEEZEL, que considera la opción de una interpretación preventiva con relación a la graduación a realizar de la pena a imponer y debe formarse en correlación a la ponderación de la culpabilidad. Así no habría problema de vulneración del principio de ne bis in idem¹³, ya que debe existir una interpretación desde el ángulo de la prevención¹⁴.

¹² Véase, artículo 69 del Código penal Chileno, versa, que 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.

¹³ En términos generales para MAÑALICH, el principio ne bis in idem está constituido por la prohibición de que una misma persona sea juzgada y/o sancionada dos veces por un mismo hecho. Véase en MAÑALICH, Juan Pablo. (2011) “*El principio ne bis in idem en el derecho penal chileno*”, en REJ – Revista de Estudios de la Justicia N° 15.

¹⁴ VAN WEEZEL, Alex. (2001). “*Determinación de la pena exacta: el artículo 69 del Código Penal*”, en Universidad de Talca. Ius et Praxis. Derecho en la Región. Año 7 N.º 2, páginas 401 a 407.

Así pues, de forma vinculante, en Alemania por parte de la jurisprudencia al aplicarse el 46 StGB *-principios de la sentencia-*, surge la *“teoría del espacio de juego”*, que, en resumidas cuentas, sostiene que la pena adecuada a la culpabilidad engloba un ámbito determinado, a través de un máximo y mínimo, esta tesis propone un orden y que no es posible encontrar una medida exacta de la culpabilidad puesto que no es convertible en unidades determinadas.

En relación con la manera de determinación de la pena, el académico MARIO DURAN, señala que: *“la determinación de la medida de una pena de un hecho delictivo, no se liquida con la posibilidad de una determinación meramente numérica, sino, más bien a la inversa, ya que, para que la aplicabilidad en la praxis de la pena reciba en realidad una distinción garantista en un sistema jurídico de derecho y democrático, considera que habrá de examinar dicho asunto desde una perspectiva mixta o ecléctica, en la que tengan injerencia una importante serie de elementos argumentativos que guardan directa relación con los fines de la misma y no sólo incidan argumentos relativos a la imputación (objetiva) del hecho típico cometido”*¹⁵. Teniendo una postura correcta según el planteamiento de la presente tesis.

Por su parte, TATIANA HÖRNLE, discípula de SCHÜNEMANN, mantiene una posición muy crítica hacia la teoría de medición de la pena *“del espacio de juego”*¹⁶, ya que a su parecer debe existir proporcionalidad como base inicial y el juez, debe darle un protagonismo normativista a la víctima, ante lo cual, ella advierte que en vez de recurrir a inexactas nociones de comunidad o de orden legal, debe recurrir a la víctima porque, una de las funciones más fundameles que tiene la condena es el mensaje que se le trasmite a ella, como, apunta HÖRNLE, principal afectada por el hecho¹⁷.

De lo anterior resulta necesario decir, que tenemos una visión crítica, puesto que hay muchos elementos que se eluden como los sucesos particulares que presenta un hecho ilícito, pero, como también señala HÖRNLE, el juez debe analizar si el delito que valora hoy, merece mayor o menor castigo que el que evaluó ayer, pero en nuestro punto de vista, por las particularidades que presenta el hecho concreto, porque, no es lo mismo, que se presente un homicidio calificado en grado de consumado con ninguna atenuante de responsabilidad penal a un homicidio culposo que realizó A sobre B con el desconocimiento de que B era un familiar cercano o si A presenta un comportamiento postdelictivo positivo u otras hipótesis que se podrían plantear o como también, es

¹⁵ DURAN MIGLIARDI, Mario. (2009). *“Justificación y legitimación político-criminal de la pena: Concepto, criterios y orientaciones en la actual jurisprudencia nacional”*. Política criminal, 4 (8), 266-291. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992009000200001>

¹⁶ HÖRNLE, Tatiana. (2003). *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*, Ed, Fabián J. de Placido. página 26.

¹⁷ Ibid, Pág. 90.

importante valorar el entorno personal del delincuente o la repercusión social del hecho.

Por otro lado, para ROXIN, la determinación de la pena no es una discusión metafísica o un problema ontológico, sino más bien, un hecho completamente terrenal que tiene como fin asegurar una organización social pacífica¹⁸.

Como pudimos explicar con lo dicho anteriormente de forma sucinta, los jueces cuentan, como señalábamos con un espacio de juego para desarrollar la determinación judicial de la pena, en lo que respecta a determinar el cuántum de la sanción, sin embargo, es limitado y restrictivo, siendo el factor “*proporcional*” uno de los primeros para tener en cuenta, en aras de no prescindir de los criterios que proporciona la ley y los principios de legitimación del ius puniendi estatal, de este modo, quedan con un margen reducido para poder condensar su decisión en torno a otros institutos que no estén en la ley.

Por último, la teoría de los equivalentes funcionales de la pena en su versión más completa hasta el momento es la presentada por JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ¹⁹, que nos brinda un marco teórico mucho más constituido y fortalecido para poder comprender los lineamientos de esta, también se explicará grosso modo su contenido.

Cuando se habla de equivalente funcional de la pena, básicamente lo que se da a entender es que, en lo que debe ser semejante es en la funcionalidad de la sanción, porque, sin la cual, llanamente no podrían serlo. Estas circunstancias o actuaciones podrían ser coexistentes o posteriores al hecho y los efectos serían la eliminación, disminución o principalmente la sustitución de una pena por otra.

Uno de los hitos importantes de esta materia al menos en nuestro país, es que no está descrita en un cuerpo normativo, y al no estarlo, no hay una forma expresa de aplicación, lo que no impide que los tribunales los tengan en cuenta por medio de la analogía *in bonam partem*, porque como sabemos nos rigen ciertos límites como el ius puniendi estatal y las propias garantías sobre el imputado, pero a la vez no supone infracción alguna a la reserva legal estricta del principio de legalidad, ni desde un punto de vista material, ni desde un punto de vista formal, pues su regulación expresa aleja cualquier duda en este sentido.

Si analizamos que la equivalencia debe ser sobre la función que nos debe otorgar la pena, de ese modo, entonces primero debemos determinar si la equivalencia se realiza inmediatamente con algún otro tipo de pena o con un hecho posterior, porque lo importante es que la pena sea equivalente al daño causado por el hecho ilícito, y si esa relación de igualdad se da con un hecho posterior no debería ser un impedimento.

¹⁸ ROXIN, Claus. (2008). Fundamentos Político-criminales del Derecho Penal, primera edición, Buenos Aires: Hammurabi, 978-950-741-350-6. Páginas 149- 150.

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2018). *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, primera edición, Editorial Atelier. ISBN: 978-84-1746-602-2., páginas 113-181.

Lo anterior, creemos necesario ejemplificarlo con un modelo que nos otorga SILVA SÁNCHEZ, en el cual señala “*que un medicamento B es funcional de un medicamento A, cuando produce un efecto idéntico o análogo a alguno de los producidos por A*”²⁰. Ello se explica porque, con los efectos que producen ciertos actos, se ven conforme en mayor o menor medida las funciones propias de la sanción penal, ya sea en la dimensión simbólica o en su dimensión aflictiva.

En el proseguir de la monografía ahondaremos en este último tema en relación con los comportamientos postdelictivos y la pena natural, ya que, se ven estrechamente vinculados.

2. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD PENAL

En el siguiente apartado abordamos uno de los temas más frágiles y relevantes de la práctica penal. A decir verdad, la teoría general de las circunstancias recibe importancia en unos de los instantes cruciales del quehacer jurídico, materializado por la dictación de la sentencia condenatoria, una vez finalizado el proceso.

Decimos lo anterior, porque, sabemos que la descripción general de un delito es aquella acción u omisión, típica, antijurídica y culpable, pero no siempre se dan casos estructuralmente perfectos, sino, que existen elementos que van modificando dichas estructuras, uno de esos elementos son las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. El legislador las dispone con el propósito de determinar la pena que le corresponde en la práctica aplicar a los responsables en cada caso específico.

JIMÉNEZ DE ASÚA, nos brinda un concepto de circunstancias modificatorias de responsabilidad y nos señala que: “*circunstancia es todo lo que modifica un hecho o un concepto sin alterar su esencia. Circunstancias atenuantes y agravantes son las que modifican las consecuencias de la responsabilidad, sin suprimir ésta*”²¹.

En nuestro ordenamiento jurídico no hay mención legal expresa a que se considera por circunstancias modificatorias, lo que nos deja un hueco que se trata de llenar con las concepciones doctrinales de esta. Como es el caso de NOVOA MONREAL, que a impresión de RIVACOBÁ nos define las circunstancias modificatorias de una forma excesiva, pero descriptiva²². No obstante, a esto, la definición de Novoa expresa que: “*las circunstancias modificatorias, sea de atenuación o de agravación, consisten en factores que modifican en un caso particular la gravedad de la lesión jurídica propia del hecho delictuoso, o afectan la intensidad del agente que en el interviene, o*

²⁰ Ibid., página 119.

²¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. (1959). *La ley y el delito, Principios de Derecho Penal*, Tercera edición, Abeledo- Perrot Editorial Sudamericana, Buenos Aires, Argentina, I.S.B.N.: 950-20-0536-6, página 443.

²² RIVACOBÁ, Manuel. (1989). “*Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la teoría general del delito*”, Ponencia presentada al Encuentro internacional de penalistas celebrado en la Universidad de Córdoba (España) en 1988, Vol. 2, ISBN 84-362-2477-9. página 185.

influyen en el poder de evitarlo, o disminuyen o acentúan la peligrosidad social del delincuente”²³.

Otra definición es la que nos otorga ENRIQUE CURY, para él son el “conjunto de situaciones descritas por la ley, a las cuales ésta atribuye la virtualidad de concurrir a determinar la magnitud de la pena correspondiente al delito en el caso concreto, ya sea atenuándola o agravándola a partir de ciertos límites preestablecidos en forma abstracta para cada tipo”²⁴.

Ante lo expresado, es necesario establecer que estas circunstancias de modificación de responsabilidad se encuentran dentro de la teoría de la culpabilidad, como un elemento accidental. En opinión de RIVACOBÁ “la razón de ser de estas circunstancias reside en la necesidad de estimar la respectiva gravedad del caso delictivo en su concreción e individualidad (...) y lo fundamental para estimar dicha gravedad es el mayor o menor injusto del caso en cuestión y su mayor o menor reprochabilidad”²⁵.

Seguidamente de las definiciones brindadas anteriormente, debemos identificar cuáles son estas circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. Nuestro Código Penal contempla, por un lado, las eximentes de responsabilidad, que cabe hacer mención, porque estas eximen de toda responsabilidad, es decir, equivalen por completo a la pena estatal que se le podría imponer al sujeto.

Pero, por otra parte, están las circunstancias modificatorias de responsabilidad que estas se dividen en atenuantes y agravantes, las primeras como mencionamos anteriormente son las que buscan atenuar la responsabilidad del imputado frente al hecho ilícito punible, dicho de otro modo, el juez deberá sopesar si existe posibilidad de que concurra alguna de estas circunstancias si lo dispone la ley y se da en el caso concreto, bajar la pena que asignará al imputado.

Por el contrario, las agravantes son tales circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal que consiste en agravar las penas establecidas por ley a un delito en concreto, ósea, empeora la pena y dichas circunstancias modificatorias se encuentran en el artículo 11 y 12 respectivamente del Código Penal. El artículo 11 describe las circunstancias atenuantes, estas son:

- i. Las expresadas en el artículo anterior (artículo 10 del código penal), cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.

²³ NOVOA, Eduardo. (2005) *Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General*, II, Tercera edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. Página 11.

²⁴ CURY, Enrique. (2005). *Derecho Penal, Parte General*, Tercera edición, Ediciones Universidad Católica de Chile. página 271.

²⁵ RIVACOBÁ, Manuel. Op.Cit., pág. 186.

- ii.** La de haber precedido inmediatamente de parte del ofendido, provocación o amenaza proporcionada al delito.
- iii.** La de haberse ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor, a su cónyuge, o su conviviente, a sus parientes legítimos por consanguinidad o en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos.
- iv.** La de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato y obcecación.
- v.** Si la conducta anterior del delincuente ha sido irreprochable.
- vi.** Si ha procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus posteriores perniciosas consecuencias.
- vii.** Si pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose, se ha denunciado y confesado el delito.
- viii.** Si se ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos.
- ix.** El haber obrado por celo de la justicia.

Ahora bien, en las circunstancias atenuantes de responsabilidad penal, evidenciamos ciertos comportamientos postdelictivos positivos, estos son: procurar con celo a la reparación o impedir sus posteriores consecuencias, haber denunciado y confesado el delito y colaborar sustancialmente al esclarecimiento del hecho, lo cual no nos es conflictivo, puesto que estos hechos son actos posteriores al hecho punible, positivos y poseen una valoración de atenuación de dicho acto, pero nos cuestionamos él ¿por qué no se alude al sufrimiento postdelictivo del sujeto activo? ¿por qué no se estudia cuando su autocastigo imprudente produce que la pena sea totalmente innecesaria?

Siendo interrogantes cruciales puesto que también actúan como comportamientos postdelictivos positivos e inclusive como pena natural y dichas circunstancias, de igual forma que las anteriores, modificarían o tendrían cierta injerencia en la responsabilidad penal del hechor, y a nuestro parecer deberían comprenderse en la decisión que debe tomar el juez. Debido a que el artículo 69 del Código penal es solamente una guía normativista, que exige por parte del juez al aplicar esta regla, discernimiento y criterio en virtud de su facultad, porque dependiendo de esa decisión, es lo que se entiende por grado de aplicación de dichas circunstancias.

CAPITULO II

LA PENA Y LA AFLICCIÓN PENAL

1. DIMENSIÓN FÁCTICA

Se ha desarrollado en el acápite anterior de forma sucinta lo relacionado con la pena como entidad propia, pero cabe subrayar que la pena como concepto actual se acepta como una aflicción representada por la merma de derechos del sujeto, dentro de estos, el de mayor relevancia y a la vez de más sufrimiento es el de privación de libertad.

Apropósito de lo anterior, SILVA SÁNCHEZ igualmente realiza esta distinción de dos planos que tiene la pena, el “*simbólico-comunicativo*” y el “*fáctico-aflitivo*”. El primero significa que gracias a la pena se desaprueba o se reprocha un hecho delictivo a su responsable, dicho en otras palabras, que la pena tiene un carácter comunicativo, entonces, a través de la imposición de la sanción se “*comunica-desvaloriza*” un hecho que algún sujeto realizó, y es ilícito²⁶.

Por medio de la expresión “*dolor penal*”, es habitual aludir a la dimensión fáctica de la pena, respecto a su significación aflitiva. Por lo que resulta necesario profundizar sobre dicha dimensión en relación con la aflicción punitiva y, por consiguiente, explayarnos sobre este segundo plano y el que nos convoca en este apartado, puesto que es el que presenta más problemáticas de interpretación, pues esta dimensión como su nombre lo dice, es de orden fáctico y según el DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, esto significa que es perteneciente o relativo a los hechos, en oposición a lo teórico, y en simples términos, lo normativo.

Y en el plano aflitivo, SILVA SÁNCHEZ indica que se busca provocar algún grado de dolor punitivo por medio de la imposición de dicha aflicción penal²⁷, pero recalca que esto necesita ser justificado, pues, siguiendo el ejemplo que el propio autor nos proporciona, este es, cuando un automovilista sufre la pérdida de su hijo, el plano fáctico puede llegar a ser muy superior a la de cualquier otra pena que podría imponérsele, inclusive una pena privativa de libertad, pues entonces aquí habría plena justificación de la no aplicación de la sanción estatal²⁸.

Dicho lo anterior, quizás esta postura pueda argumentar un menor recurso a la ejecución de la pena judicial, pero esto no debe verse como algo negativo, porque, no se aplicaría en todos los casos, sino solo cuando la aflicción penal se viera colmada con el hecho propio, porque, si se ve satisfecha con la aplicación de una sanción penal, no

²⁶ SILVA, SÁNCHEZ. J.M. *Malum passionis*, Op.Cit., pág. 113

²⁷ *Ibid*, Pág. 234.

²⁸ *Ibid*, Pág. 158.

tendría sentido el no aplicar dicha sanción, entonces solamente en las situaciones cuando exista argumento suficiente referido al caso a considerar.

En todo delito el juez debe hacer un silogismo perfecto, en el que al ponderar debiera establecer el nivel de aflicción dada por el delito, y como ya explicaremos en lo que sigue de este estudio, el caso concreto es un elemento que debería considerarse, en este razonamiento deductivo.

Aquí el Derecho penal mínimo o residual, nos puede dar elementos propedéuticos, en vinculación con lo anterior. En su sustancia, el Derecho penal mínimo busca o pretende al Derecho penal como la “*última ratio*” en contraposición al Derecho penal del enemigo que se identifica por la imposición de nuevos tipos penales, fuerte mengua de garantías procesales, aumento en las sanciones, y se vincula en definitiva con lo que se denomina actualmente hipertrofia y expansionismo penal.

Concretamente, JAKOBS como principal exponente del Derecho penal del enemigo señala que “*en el Derecho penal del ciudadano, la función manifiesta de la pena es la contradicción, en el Derecho penal del enemigo la eliminación de un peligro (...) y estima que un Derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar todo el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal del enemigo*”²⁹. Inclusive SILVA SÁNCHEZ que se encuentra en una postura intermedia en relación con lo anterior, señala que en la actualidad se están diferenciando “*dos velocidades*”, en el marco del ordenamiento jurídico-penal, la primera velocidad sería aquel sector del ordenamiento en el que se imponen penas privativas de libertad, en que el autor lo señala como el Derecho penal “*de la cárcel*” y en el que a juicio, deben mantenerse de modo estricto los principios político-criminales, las reglas de imputación y los principios procesales clásicos. Por otro lado, la segunda velocidad vendría constituida por aquellas infracciones en las que, al imponerse solamente para los casos en que, por no tratarse de pena privativa de libertad “*pena de cárcel*”, sino de penas de privación de derechos o pecuniarias, aquellos principios y reglas podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción³⁰.

Lo descrito, son dichos cuestionables a nuestro pensamiento, ya que la ampliación apresurada e irracional del Derecho penal y las penas exageradas impuestas a lo que no siempre son transgresiones excesivamente graves de las normas sociales, profundiza por ejemplo, el hacinamiento y malas condiciones en las cárceles y en ciertos casos agudizan la aflicción penal, cosa que se debería analizar por parte de

²⁹ JAKOBS, G. CANCIO, M. (2013). *Derecho penal del enemigo*. Thomson Civitas ediciones, ISBN 84-470-2063-0, Madrid, España. Páginas 55 y 56.

³⁰ SILVA, S, Jesús. (2006). “*La expansión del derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*”, Montevideo, Uruguay, editorial B de F, I.S.B.N.: 9974-578-63-9. Página 183.

quienes aplican la política criminal, y no es una contradicción como señala JAKOBS, pues, ¿no sería verdaderamente contradictorio aplicar una sanción excesivamente alta a un delito que colma su aflicción penal con el solo desarrollo de este?

Una vez avanzado en el punto anterior, podemos señalar que la aflicción penal tiene un rol de importancia, especialmente si en realidad el Derecho penal siempre ha aceptado el concepto del Derecho penal del enemigo y en mayoría en su versión restrictiva, este resultaría incompatible con un Estado de Derecho, lo que derivaría en nuestra opinión, en una remodelación del modelo punitivo, en aras de la modernización y perfeccionamiento de nuestro sistema procesal penal.

Dicho esto, nos surge la siguiente interrogante y esperamos poder responderla en el porvenir del estudio. ¿Es posible que la aflicción que se produce en el propio sujeto activo del hecho delictivo, a consecuencia de esta, pueda transformar en desproporcionada la aplicación de la sanción?

2. ¿LA PENA ES PROPORCIONAL A LA AFLICCIÓN PENAL?

Para comprender de mejor forma el principio de proporcionalidad, corresponde exponer el estudio –aunque brevemente– del porqué de su apogeo constitucional.

La definición que otorga FERNÁNDEZ NIETO de proporcionalidad se caracteriza por su fácil comprensión. Para la autora, *“por proporcionalidad se entiende a aquello que guarda o tiene equivalencia, correspondencia, equilibrio. La proporcionalidad indica o explica una relación de correspondencia, equivalencia o equilibrio entre dos objetos o cosas”*³¹.

Históricamente, se ha mencionado que el principio de proporcionalidad tiene su origen en el Derecho Alemán, según CASTILLO CÓRDOVA su origen data de las sentencias dictadas en el siglo XIX por parte del Tribunal Supremo Administrativo Alemán³². En lo que respecta a su estudio, el principio de proporcionalidad fue investigado a profundidad por ROBERT ALEXY en atención a la práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional Alemán Federal, pero no solo se limita a esta praxis, sino, que en su matriz ve dicho principio con aplicación de carácter universal³³.

Dicho lo anterior, aterrizando en el plano nacional, el principio de proporcionalidad no tiene asidero de forma explícita en nuestro ordenamiento jurídico,

³¹ FERNÁNDEZ NIETO, Josefa. (2009). *“El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una visión desde el sistema europeo”*. Editorial Dykinson. Madrid. Página 290.

³² CASTILLO CÓRDOVA, Luis. (2008). *Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales*. Editorial Grigley. Lima, Perú. Página 114.

³³ Cfr. ALEXY, R. (1985). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

más bien que se encuentra subsumido en las garantías constitucionales de forma genérica de los derechos³⁴.

La racionalidad de este principio está en la determinación adecuada de la relación entre la pena y la finalidad de dicha pena, para comprender de mejor forma, otra definición acertada es la que nos brinda de forma amplia, BARNES, quien precisa que el principio de proporcionalidad es el *“integrado por un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como la de cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio, desde un concreto perfil o punto de mira: el de la inutilidad, innecesaridad y desequilibrio del sacrificio”*³⁵.

Dicho principio a su vez tiene subprincipios que constituyen el llamado *“triple juicio”*, esto son; el de adecuación o idoneidad de medios, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Cabe recalcar que estos deben ser copulativos, esto quiere decir que deben cumplirse los tres de manera conjunta, y a la vez para que la norma sea considerada legítima e idónea³⁶. A continuación, se explicarán someramente.

i. IDONEIDAD

Según el DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA se considera que la idoneidad es la cualidad de idóneo, y esto no es más que cuando algo es adecuado o apropiado. Siguiendo esta lógica, CASTILLO CÓRDOVA, señala *“que sea idónea exige que la agresión del contenido constitucional prima facie de un derecho fundamental debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida y debe además ser apta para conseguir esa finalidad. Si la restricción, sacrificio o lesión de un derecho fundamental cumple esta doble exigencia, deberá ser considerada como una medida que ha superado el juicio de idoneidad”*³⁷. Dicho de otra forma, el primer elemento de investigación de este juicio de idoneidad radica en examinar o más bien comprobar si el propósito pueda tal vez ser considerado legítimo en el ámbito constitucional, si no lo es, la consecuencia es la de inconstitucionalidad de dicha norma. Entonces el primer elemento es la base del segundo, porque este último es que dicha medida por sí misma sea la adecuada o apropiada para lograr el objetivo.

³⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. (2008). *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Santiago, Librotecnia, Tomos I y II. Página 246.

³⁵ BARNES, Javier. (1998). *El principio de proporcionalidad*. Estudio preliminar. En: “Cuadernos de Derecho Público”, n° 5. Página. 16.

³⁶ Cfr. Sobre la materia, ALEXY, Robert (1993), CARBONELL, Miguel (2010)

³⁷ CASTILLO, L. (2008). *Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad*. Gaceta constitucional: jurisprudencia de observancia obligatoria para abogados y jueces, (8), 37-51.

ii. NECESIDAD

Una vez traspasado el juicio de idoneidad es necesario superar el de necesidad o también llamado juicio de indispensabilidad. En opinión de CASTILLO CÓRDOVA, este “*consiste en examinar si la medida que se evalúa es la menos restrictiva del derecho fundamental que otras medidas igualmente eficaces*”³⁸. En tal caso se deduce que esta prueba o examen tiene como principal finalidad chequear la existencia o no de posibles alternativas al que fue escogido y de haberlas, verificar si estos son menos gravosos que este y que sean igualmente eficaces.

Ahora bien, lo anterior nos da a entender que existen varias posibles soluciones, entonces la finalidad es escoger una de estas posibles soluciones y desechar a la innecesaria o menos eficaz de estas.

iii. PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

Aunque traspasemos las anteriores fases, no quiere decir que estemos frente una medida proporcional, porque si o si debe sobrepasar esta última. A la sazón, CASTILLO CÓRDOVA, señala que este juicio “*exige que la medida cuestionada guarde una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar*”³⁹. En tal sentido, BERNAL PULIDO señala que “*las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que esta implica para sus titulares y para la sociedad en general*”⁴⁰.

Adicionalmente, ALEXY aclaró que la línea de razonamiento que guía y orienta el juicio de proporcionalidad en sentido estricto es la denominada “*ley de la ponderación*”⁴¹. De acuerdo con esta ley, la configuración de la ponderación puede dividirse en tres planos o pasos que ALEXY reconoce de forma lucida y precisa, en el primer paso es necesario establecer el nivel de la afectación de uno de los principios. En seguida, en un segundo paso, se precisa la importancia del cumplimiento del principio que juega en sentido contrario y, por último, en un tercer paso, tiene que precisarse si la significación de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro⁴².

³⁸ Ídem.

³⁹ Ídem.

⁴⁰ BERNAL, P, Carlos, “*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*”, *El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, cuarta edición actualizada, ISBN 978-958-772-088-4.

⁴¹ ALEXY, Robert. (2002). “*Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66. Páginas 13 y siguientes.

⁴² *Ibid*, Pág. 32 y siguientes.

Una vez mencionado lo anterior, es necesario recalcar que lo precedente está expresado de manera lacónica y en líneas generales, siendo inexcusable para poder apoyar el análisis de esta monografía en lo posterior.

Ahora bien, y en conexión con lo expuesto anteriormente, el problema no es otro que el de la necesidad de una ecuanimidad admisible entre los presupuestos de la reacción penal y la reacción misma, ya sea en la fase de la conminación de la sanción como en el ulterior momento de aplicación de una pena a un sujeto en un caso concreto⁴³. En la opinión de QUINTERO OLIVARES, y que entendemos acertada, *“la proporcionalidad lo que persigue es una solución que supere esos escollos, de índole pre-penal, salvando todo aquello que la culpabilidad supone en la vida del sistema positivo, y que se condensa en lo teórico en el fundamento de una serie de casos de exclusión de la responsabilidad, en otros supuestos mitigación de esta, y en la explicación de la reacción punitiva”*⁴⁴.

Los criterios antes señalados, se refuerzan con la idea de que ninguna actividad del juez, ni siquiera una que se califica como de discrecionalidad, debería desplegarse prescindiendo de los criterios que se expliciten expresamente en la ley, ni de las finalidades de la norma penal, ni de la observancia de los principios y criterios de racionalización del ejercicio del ius puniendi⁴⁵.

Y en respuesta a la pregunta de este epígrafe, la pena como sanción estatal no siempre es proporcional a la aflicción penal, pero como ya venimos recalcando existen institutos que buscan e intentan delimitar su ejercicio con el propósito de robustecer los postulados del intervencionismo penal mínimo, y en consecuencia que se evolucione en un Derecho penal más humanizado y que respete los Derechos Fundamentales.

Para relacionar las ideas anteriores, conviene, establecer un ejemplo que nos ayude a comprender la injerencia del porqué no siempre la pena es proporcional a la aflicción. En suma, cuando una persona en la realización de un delito sufre un daño o mal grave, este sujeto previamente ha sido sancionado con una pena de carácter natural. Por lo tanto, si se aplica un precepto normativo como pena, se estaría vulnerando el principio de humanidad y proporcionalidad, pues, como señala MORENO YANES en estos casos la pena forense⁴⁶ poco o nada puede aportar, sino por el contrario, el Estado

⁴³ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. (1982) *“Acto, resultado y proporcionalidad”*. En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XXXV, Fasc. II, Mayo- Agosto. Páginas. 381-408.

⁴⁴ Ibid, Pág. 3.

⁴⁵ MAPELLI, C, Borja. (2005). *“Las consecuencias jurídicas del delito”*, Cuarta edición, Navarra: Editorial Aranzadi. Página 254.

⁴⁶ KANT distinguió entre poena forensis, como la sanción impuesta por la autoridad al culpable, y poena naturalis, siendo esta la sanción natural del acto. KANT, Immanuel, *Principios metafísicos de la doctrina*

se excedería en la aplicación del Ius puniendi al existir con anterioridad una sanción, en este caso una pena o sanción natural, la cual deviene de la propia actuación del agente⁴⁷.

En vista de la proporcionalidad, es posible confirmar que el daño fáctico experimentado por el sujeto activo en la realización del acto punible debe tomarse en consideración, ya sea para rebajar o restarse la sanción en el momento que el juez deba medir o distinguir el mal jurídico o pena forense aplicable a dicho actor. Ya que en casos de esta naturaleza o trascendencia estaríamos frente a un choque con este principio que no se percibe solamente de una forma amplia, o únicamente con analizar la conducta típica, sino cuando al hecho concreto que lleva a cabo el tipo se lo define con las repercusiones que produce en el sujeto activo del delito, ósea, en el imputado.

Porque al aplicar la sanción similar o la estatal y nos encontraríamos en un caso contrario y ante una especie del principio ne bis in idem infringido, pues se estaría sancionando repetidamente (con pena natural y con pena forense) un mismo acto.

del derecho, trad. CÓRDOVA, Arnaldo, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1978, página 167.

⁴⁷ MORENO YANES, G. E. (2019). “*La Pena Natural Como Criterio De Oportunidad: Un Freno Al Expansionismo Penal*”. Revista Iuris, 2 (17), páginas 105–124. Recuperado a partir de <https://publicaciones.ucuenca.edu.ec/ojs/index.php/iuris/article/view/2957>

CAPITULO III

LA PENA NATURAL COMO POSIBLE SOLUCIÓN

1. NOCIONES PRELIMINARES SOBRE LA PENA NATURAL

Existen diversos autores que han desarrollado nociones acerca de la pena natural, como FINOCCHIARO, él señala que *“la pena natural surge per se, más allá del castigo que el Estado prevea representa ya un mal intrínseco que el autor padece a consecuencia de la realización de la acción u omisión que le es reprochada”*⁴⁸. Pero una de las definiciones más citadas en la doctrina comparada es la que nos proporcionan EUGENIO ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA y ALEJANDRO SLOKAR, para ellos: *“Se llama poena naturalis al mal grave que el agente sufre en la comisión del injusto o con motivo de éste, pues de componerse la pena estatal sin referencia a esa pérdida, la respuesta punitiva alcanzaría un quantum que excedería la medida señalada por el principio de proporcionalidad entre delito y pena, sin contar con que lesionaría seriamente el principio de humanidad, y que también extremaría la irracionalidad del poder punitivo, pues llevaría hasta el máximo la evidencia de su inutilidad. Por cierto, que no se puede descartar que, en hipótesis extremas, la poena naturalis cancele toda posibilidad de otra pena estatal*⁴⁹”.

Ejemplo de lo mencionado, es que, la mayoría de las veces se presenta en casos de delitos culposos, puesto que el dolo no existió previamente a la comisión del delito, entonces, la aplicación de una sanción estatal sería francamente inservible e irracional, ya que se escapa de toda función que tiene la pena y vulneraría seriamente principios, como el de humanidad y proporcionalidad.

El concepto que nos otorga ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR es uno de los más completos, pues comprende el fundamento, las consecuencias y sobre todo señala los principios en discordia y siendo estos los limitantes de la pena natural en la opinión de dichos autores.

CHOCLÁN MONTALVO por su parte es claro al afirmar que no todos los daños sufridos por el autor del delito constituyen una pena natural. Para que esto suceda, el daño debe haber sido consecuencia inmediata de la ejecución del delito⁵⁰. Este autor delimita los conceptos antes dados, al igual que lo hace JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ en torno a la definición de pena natural al daño en sentido estricto, es decir, diferencia al daño del delito cometido, focalizando el interés en el primero. De aquí que la

⁴⁸ FINOCCHIARO, Enzo. (2012). *“La pena natural. Breves consideraciones”*, Revista de Derecho penal y criminología, N° 5. página. 68.

⁴⁹ ZAFFARONI, E. R., ALAGIA A. y SLOKAR, A. (2002). *“Derecho penal. Parte general”*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2ªedición, página 996.

⁵⁰ Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, J. A. (1999). *“La pena natural”* La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, año XX, N° 4797, Madrid.

definición de pena natural sea “*un dolor producto del azar, de un caso fortuito o de fuerza mayor, relacionado directamente en términos de causalidad natural con la previa comisión de un delito por parte de quien lo padece*”⁵¹⁵².

Para concluir este apartado, consideramos necesario tener una conceptualización nacional del concepto de pena natural y en este sentido, CARLOS BOBADILLA trata de conceptualizar a la pena natural de una forma meramente precisa y acotada a los daños producidos de manera casi instantánea a la perpetración del hecho delictivo. Él a nuestro parecer define la pena natural de una forma correcta, “*como aquel mal físico o moral que, por imprudencia o caso fortuito, recae sobre el autor de un delito, como consecuencia directa de la comisión de este*”. En definitiva, que la consecuencia instantánea es la que emana del hecho mismo. Sin embargo, BOBADILLA reconoce que es posible que existan daños vinculados a la voluntad de terceros sobre el sujeto activo y que surjan posteriores al hecho ilícito. Pero estos solamente serán tenidos en cuenta, sí únicamente, superan al mal causado por el propio delito.

Por último, adopta un concepto restringido de la misma, que abarca únicamente los perjuicios físicos o morales, limitando y descartando aquellos de índole económica u otros que no logran el estándar de equivalente funcional de la dimensión fáctica de la pena⁵³.

2. PARALELO CON LA PENA FORENSIS

El que realiza un tipo de clasificación de las penas en el sentido que estamos desarrollando es IMMANUEL KANT, quien realizó una disimilitud entre “*poena forensis*” y “*poena natural*”. Según el filósofo y tratadista, la primera resulta de la sanción impuesta por el Estado a quien encuentra culpable en la comisión de un hecho ilícito, mientras que la segunda viene dada por la “*punición natural del vicio, en que los perjuicios sufridos por el autor fueren de tal magnitud que la imposición de una poena forensis (pena judicial) resultase un error evidente*”⁵⁴.

Derivado de lo antes mencionado, se puede señalar en cierto sentido que la pena natural y la pena estatal se contraponen, pues en, stricto sensu, si es posible que las consecuencias del perjuicio producido por el propio sujeto activo del hecho punible, convierta en desproporcional la poena forensis.

⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2015). “¿Puede considerarse el remordimiento una ‘poena naturalis’?” en SILVA SÁNCHEZ, J. M. *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, Buenos Aires, B de F editores. página 268.

⁵² SILVA, SÁNCHEZ. J.M. *Malum passionis*, Op. Cit157

⁵³ BOBADILLA BARRA, Carlos. (2016). *La “pena natural”: fundamentos, límites y posible aplicación en el derecho chileno*. Polít. crim. [online]. Vol.11, n.22 [citado 2021-06-27], páginas 548-619.

⁵⁴ Cfr. KANT, Immanuel, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, traducción. CÓRDOVA, Arnaldo, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1978, página 167.

Otra clasificación singular y renovada es la que nos proporciona SILVA SÁNCHEZ, quien, de modo crítico, señala, per se, que no existe ni “*poena naturalis*” ni “*poena forensis*” y que cabalmente a la primera sería más prudente denominarla “*auto punición imprudente*”, puesto que los resultados lesivos imputables son (ya sea objetiva e incluso subjetivamente) a la acción del agente en nada constituye algo “*natural*” y tampoco es una pena estatal, sino más bien, que pertenece al ámbito de la imputación, lo que para él es la denominada “*poena natural latu sensu*”⁵⁵. Pero bien se sabe que es discutible graduar figuras subjetivas con base en un juicio que postula a producirse de una forma objetiva, pero eso no es lo que hace el autor, más bien que lo relaciona a los daños sufridos por el actor del hecho ilícito.

Desde este punto de vista, plantea cierto fraccionamiento de la categoría “*poena naturalis*”. Parte por distinguir entre *poena naturalis strictu sensu* -*pena natural en sentido estricto*- y *poena non naturalis* -*pena no natural*- y en la primera vuelve a realizar una diferenciación entre *poena naturalis physica* -*pena físico natural*- y *poena naturalis moralis* -*pena moralmente natural*- y la segunda se distingue entre la *poena naturalis neque forensis* -*castigo natural o legal*- y la *poena forensis* -*pena legal*-.

En definitiva, la visión de SILVA SÁNCHEZ es que el problema de la pena natural abarca la *poena naturalis strictu sensu* y la *poena naturalis latu sensu*. Dado que los perjuicios estimados como pena natural son los que se imputan al autor del delito de manera objetiva como, por ejemplo, por el azar, caso fortuito o fuerza mayor o subjetivamente como la imprudencia del propio activo⁵⁶.

3. LA PENNA NATURAL EN EL DERECHO COMPARADO

En este epígrafe trataremos lo concerniente a la pena natural en torno a sus modelos teóricos y legislativos que se encuentran vigentes o que se han postulado en el derecho comparado en el marco de su reconocimiento como instituto jurídico.

Así y todo, distintos países, consagran en su normativa interna, la *poena naturalis*, ya sea como una excepción de punibilidad, o circunstancia atenuante, o al igual que un supuesto de aplicabilidad del principio de oportunidad, entre otras significaciones.

En Colombia no existe una norma tácita que desarrolle la pena natural como tal, pero se puede deducir de tres normas, estas son, por una parte, el artículo 32 N.º 10 y 34 del Código Penal Colombiano. La primera norma citada menciona que: “*no habrá lugar a responsabilidad penal en ciertas circunstancias y entre ellas, esta cuando se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa. Cuando el agente obre en un error sobre los*

⁵⁵ SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Malum passionis*, Op.Cit. Pág.155.

⁵⁶Ibíd.

elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado”

Respecto a la segunda norma que a nuestro parecer conlleva una mejor conceptualización de lo que vendría siendo la pena natural, señala que: *“las penas que se pueden imponer con arreglo a este código son principales, sustitutivas y accesorias privativas de otros derechos cuando no obren como principales. En los eventos de delitos culposos o con penas no privativas de la libertad, cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad, se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria”*.

Con un tenor similar, por otra parte, está el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal que establece al principio de oportunidad y los casos en que este procedería, entre ellos, el sexto numeral menciona que: *“cuando el imputado 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 punitiva”*.

En relación con la legislación mencionada existe un interesante recurso de casación contra una sentencia dictada por el Tribunal superior de Medellín que nos puede ayudar a aterrizar concretamente esta institución jurídica. El 9 de junio de 2009, Diego Puerta Bedoya conducía una motocicleta en la ciudad de Medellín acompañado de Sandra Muñoz Montoya, su compañera sentimental, como parrillera. En su recorrido, el conductor hizo caso omiso a una señal de “PARE” y, en consecuencia, colisionó con un colectivo, ocasionando en su acompañante graves lesiones que provocaron su muerte. En virtud de estos hechos, la Fiscalía imputó y acusó a Puerta Bedoya por el delito de homicidio culposo. El 9 de febrero de 2017, el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Medellín dictó fallo absolutorio. La Fiscalía Seccional apeló esa decisión y en segunda instancia, el 21 de febrero de 2018, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad declaró penalmente responsable a Puerta Bedoya y lo condena a las penas de prisión de 32 meses, multa de 26.66 salarios mínimos legales mensuales vigentes, privación al derecho de conducir vehículos Automotores por 48 meses, e inhabilitación para ejercer los derechos y funciones públicas por un término igual a la primera y se le concedió la suspensión a la ejecución de la pena privativa de libertad. Posteriormente, el defensor interpuso en tiempo legal recurso de casación y la sala admite la demanda el 12 de junio de 2018. Argumentando que el Tribunal había incurrido en una violación directa de la ley sustancial al no aplicar el numeral 10 del artículo 32 del Código Penal. El defensor afirmó que la imprudencia de la señora Muñoz Montoya al no ponerse el casco había sido la causa fundante de su muerte, y no la imprudencia por parte de Puerta Bedoya. Señalando que de manera que si Muñoz

Montoya, con plena capacidad mental y cognoscitiva para ese instante, también es participé en el resultado, hay concurrencias de culpas, lo que da lugar, por lo menos, a una rebaja de pena. Pero que ello no se traduce en una aceptación de responsabilidad.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia continúa su análisis y explica que, en virtud del artículo 34 del Código Penal, en el caso concreto la pérdida de su compañera sentimental “*causó en él una afectación personal*” que torna innecesaria la pena privativa de la libertad, no solo desde el punto de vista de la prevención especial, sino de la prevención general y no según los fundamentos de la casación, puesto que casan la sentencia, porque el juez cuenta con la facultad para prescindir de la imposición de una sanción cuando el delito por el que se proceda sea culposos o esté sancionado con pena no privativa de libertad; y ,siempre que las consecuencias del hecho punible hayan recaído únicamente en los siguientes personas; i) el autor, ii) sus descendientes, iii) su cónyuge, iv) su compañera o compañero permanente, v) sus hermanos, adoptante o adoptivos, o vi) sus parientes hasta el segundo grado de afinidad⁵⁷.

Más que encontrar que fue un fundamento correcto o incorrecto con el que se apeló o de cómo se aplicó la pena natural en este caso concreto, nos otorga un punto de comparación y evidencia que existen casos en los cuales no se prevé una solución evidente, por lo contrario, dado que en cierto punto son constitutivos de complejidades.

En Ecuador la pena natural se encuentra tácitamente expresada en el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 372 señalando que: “*Pena natural. En caso de pena natural probada, en las infracciones de tránsito y cuando la o las víctimas sean parientes del presunto infractor hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, la o el juzgador podrá dejar de imponer una pena o imponer exclusivamente penas no privativas de libertad*”. Por una parte, reconoce la institución, pero a la vez establece limitantes porque se podría aplicar únicamente en infracciones de tránsito, y cuando la o las víctimas sean parientes del infractor, cosa que nos cuestionamos porque como sabemos la pena natural, como se explicó anteriormente rige en líneas generales y no solo a delitos de tránsito siendo en cierto grado no concordante con las definiciones de los autores en relación con esta institución.

Porque existe una esfera de ejemplos de casos en que podríamos plantear el aplicar la pena natural. Ejemplo claro de lo anterior, un soldado que mata de un disparo accidental a un compañero en el interior del Regimiento. Pero la víctima era su mejor amigo, y no solo debe valorarse la acción de disparar, más bien en qué circunstancias ocurrió, y estas fueron cuando se encontraba limpiando el arma y accidentalmente se

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal, República de Colombia, SP3070-2019, radicación N.º. 52750, Bogotá, D.C, seis de agosto de dos mil diecinueve. <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1sep2019/SP3070-201952750>).

disparó e impactó en su amigo⁵⁸. En tal caso, ¿no estaríamos aquí frente a un caso de pena natural? Al parecer de la legislación Ecuatoriana no. En primer lugar, porque no abarca otros tipos de delitos diferente al de tránsito y, en segundo lugar, porque, pese a existir un vínculo afectivo entre las partes, este no sería suficiente, ya que no existe vínculo familiar. Inclusive sabiendo que ocasiones el lazo familiar no tiene tanta afectividad como puede ser el de amistad y, mencionando algo no menor respecto de este punto, dejaría fuera a los cónyuges, elemento sumamente cuestionable.

En Nicaragua, su Código Penal establece en cierto punto una analogía a la pena natural como atenuante en su esfera física, en su artículo 29 menciona que: *“son circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal, numeral 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”*, teniendo como elemento principal a considerar que el tiempo de afectación debe ser mayor a la pena que va a otorgársele. De igual forma, es una concepción reprochable, dado que dejaría fuera el ámbito moral, como sería el sentimiento que produjo tal hecho, pues, pone énfasis solo sobre lo que experimenta el sujeto de su propio acto.

En España, también se puede considerar que existe referencia en cierto punto a la poena naturalis, dado que en su Código Penal, específicamente en su artículo 66 señala que *“En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas, numeral 6, cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la 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”*. A nuestro parecer, es una norma imprecisa y discrecional, pues quedaría a consideración solo de los tribunales (jueces) la decisión sin tener un margen de consideraciones a seguir.

Otra legislación que establece de forma expresa la pena natural es la Alemana, que en su Código Penal (StGB) en su artículo 60 en relación con la renuncia a la pena, señala que: *“El tribunal se abstiene de castigar si las consecuencias del acto que afectó al delincuente son tan graves que la imposición de una pena sería obviamente errónea. Esto no se aplica si el delincuente ha perdido una pena privativa de libertad de más de un año por el acto”*. Corresponde mencionar que, por una parte, es muy vanguardista y moderna al mencionar que aplicar una pena judicial sería erróneo. Sin embargo, establece limitaciones, porque, solamente serían en casos que la pena privativa de libertad no sobrepase el año, además que no especifica que tipo de gravedad debe llevar

⁵⁸ Causa Almendras, José Alberto s/Delito s/Las Personas”, del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Neuquén, 05 de mayo de 2011.

aparejada, únicamente señala, que debe ser “*tan graves*” cosa que a nuestro parecer es solo un concepto indeterminado.

4. LA PENA NATURAL Y EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD PROCESAL

En el siguiente apartado realizaremos una revisión al principio de oportunidad. En nuestra legislación actual como en la mayoría de las occidentales rige el principio de oportunidad, herramienta jurídica que posee el Ministerio Público para racionalizar el poder punitivo del Estado, esto quiere decir que el Ministerio Público no continúa adelante con la investigación cuando los hechos denunciados no comprometan gravemente el interés público y se cumplan ciertos requisitos legales respecto de la pena⁵⁹.

Consecuentemente con lo anterior, es necesario mencionar que es un tipo de antítesis del principio constitucional de legalidad, que para el Derecho Procesal Penal está en diversas normas jurídicas. La consagración más significativa de dicho principio es el establecimiento del denominado «*deber de persecución penal*», que menciona la obligación de todas las autoridades encargadas de la persecución penal, en el caso nacional el que tiene el Ministerio Público para intervenir siempre dentro del ámbito de sus competencias cuando por las circunstancias dadas existan motivos fundantes para ello⁶⁰. A lo que el principio de oportunidad establece ciertas abstenciones en dicho deber de persecución, lo que genera una alternativa u excepción a la regla más que una vulneración al principio de legalidad a nuestro parecer.

En líneas similares, MAYDELI GALLARDO define al principio de oportunidad como “*la excepción al principio de legalidad en materia procesal, porque el mismo implica una excepción al deber de persecución penal. Sin embargo, es necesario aclarar que el principio de oportunidad – excepciones en la persecución penal-, es concebido de diversas formas por diferentes sistemas jurídicos. Cada uno, plasma o establece lineamientos en su legislación según los cuales el Ministerio Público o fiscal, podrá poner en práctica el principio de oportunidad*”⁶¹. Por consiguiente, el principio de legalidad en *strictu sensu* se flexibiliza por el principio de oportunidad, porque como sabemos, cada dicotomía consta de dos preferencias que han de ser opuestas y complementarias de forma que el elemento a revisar obligatoriamente ha de cumplir una de ellas, entonces en ningún caso vulneraría dicho principio porque al menos en nuestro país se establece expresamente en los casos en que debe aplicarse, los llamados “*controles*”, ante lo cual dicha figura de oportunidad constituye un elemento de

⁵⁹ Art. 170 Código Procesal Penal Chileno

⁶⁰ PERDONO TORRES, Jorge Fernando. (2008). “*Legitimación penal de la coexistencia de los principios de legalidad y oportunidad*”, en Editorial Dykinson - Permalink: <http://digital.casalini.it/2944466>

⁶¹ GALLARDO ROSADO, Maydelí. (2013). *El principio de oportunidad en la reforma procesal penal*, Serie Juicios Orales, número 13, México, sitio de internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3604/10.pdf> , página 11.

decrecimiento de la intensidad penal pero solo en determinados casos. A la vez, esto es claro ejemplo, de cómo, la política criminal se hace cargo de los desafíos actuales, y de alguna manera sobrepasar elementos de la cotidianidad procesal penal como la sobrecarga o saturación, responder a casos en que la criminalidad es muy baja, mejoras en proceso como la inmediatez o pronta solución, entre otros elementos favorables.

En lo que nos convoca, el principio de oportunidad se vincula en cierto grado a la pena natural, pues se encuentra plasmada en ciertos ordenamientos jurídicos, como una causal de dicho principio. Así pasa en el Código Procesal Penal Boliviano que señala en específico en el artículo 21 causal N.º 2, sobre que procederá el principio de oportunidad, *“cuando el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho, un daño físico o moral más grave que la pena por imponerse”*. En el Código Procesal Colombiano el artículo 324, en la causal N.º 6, señala que corresponderá aplicar el principio de oportunidad, *“cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción”*.

Por su parte el ordenamiento jurídico Costarricense, en el artículo 22 letra C del Código Procesal Penal, señala que procederá principio de oportunidad, *“cuando el imputado haya sufrido, como consecuencia del hecho, daños físicos o morales graves que tornen desproporcionada la aplicación de una pena, o cuando concurran los presupuestos bajo los cuales el tribunal está autorizado para prescindir de la pena”*. Por otro lado, el sistema Nicaragüense en el artículo 59 N.º 2 del Código Procesal Penal, menciona la prescindencia de la acción penal, *“cuando el imputado haya sufrido, como consecuencia del hecho, daños físicos o morales graves que tornen desproporcionada la aplicación de una pena, o cuando concurran los presupuestos bajo los cuales el tribunal está autorizado para prescindir de la pena”*.

Además, el Código Procesal Peruano en su artículo 2 N.º 1 letra A en lo que se refiere a cuando se aplicará el principio de oportunidad, señala: *“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 no mayor de cuatro años, y la pena resulte innecesaria”*. Constituyendo estas normativas unas de las más esclarecedoras en cuanto a los elementos esenciales que entendemos de la pena natural.

De lo precedente, se observa elementos comunes, como lo son; i) a consecuencia de la conducta, ii) existencia de daños físicos o morales, iii) gravedad mayor a la pena a imponer. Presupuestos que se vinculan con los elementos básicos de la procedencia de la pena natural y que nos da certeza de su posible aplicación incluso como causal

del principio de oportunidad en nuestro país y a la vez evidenciaría una clara mitigación de la aflicción penal.

Cosa muy diferente a lo que existe actualmente en relación al principio de oportunidad en nuestro país, porque el artículo 170 del Código Procesal Penal, señala: *“Los fiscales del ministerio público podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones”*. Dicho de otra manera y de modo explicativo con relación a sus requisitos, el principio de oportunidad actúa:

- i. Solo si el delito no compromete gravemente el interés público.
- ii. Cuando la pena asignada al delito no exceda la de presidio o reclusión menor en su grado mínimo, ósea, que no sobrepase los 540 días de privación de libertad.
- iii. No procede cuando se trate de delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos.
- iv. El ejercicio de esta facultad está sujeta tanto al control del Juzgado de Garantía como al del Ministerio Público.

En consideración a lo anterior, cabe señalar que el Ministerio Público tiene la facultad de aplicar las diferentes herramientas de expresión del principio de oportunidad, tales como las salidas alternativas del procedimiento, el archivo provisional de los antecedentes, la facultad de no iniciar la investigación, y el propio principio de oportunidad⁶².

Respecto al elemento, de que el delito no comprometiera gravemente el interés público, MARÍA INÉS HORVITZ lo vincula a los denominados *“delitos de bagatela o también llamados delitos bagatelarios”*, dado que a su parecer el principio de oportunidad solamente se aplica a delitos de mediana intensidad y a nuestro parecer, es concordante, debido a que se entiende al principio en un sentido restringido⁶³.

En relación a este primer elemento, SABAS CHAHUÁN, nos señala criterios para determinar cuando no se daría la existencia de dicho elemento, estos serían: *“ i) Cuando no es necesario o no es posible prevenir el hecho por medio de la conminación penal; ii) Cuando en el caso concreto el desvalor de la acción o del resultado son insignificantes; iii) Cuando, en el caso concreto, racionalmente es posible prever unos efectos criminógenos, como consecuencia de la intervención, más graves que la*

⁶² HORVITZ LENNON, María Inés, LÓPEZ MASLE, Julián. (2003). *Derecho Procesal Penal chileno*, tomo I, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. Página 52.

⁶³ *Ibíd*, Pág. 51.

eventual merma preventivo-general derivada de la no intervención, y iv) Cuando razones de humanidad y de indemnidad demanden no intervenir punitivamente”⁶⁴. Así pues, en consideración que la insignificancia no se consigna en nuestra legislación, sigue siendo estos, puntos relevantes a considerar en el principio de oportunidad.

En cuanto al segundo elemento, de que el principio no procede cuando la pena asignada al delito excede la de presidio o reclusión menor en su grado mínimo, ósea, que sobrepase los 540 días de privación de libertad, nos deja un margen limitado de delitos que abarcaría dicho principio, algunos de ellos serían:

i. Cuasidelitos

El artículo 490 del Código Penal menciona: “*El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediara malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas, será penado: 1.º Con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos a medios, cuando el hecho importare crimen. 2.º Con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, cuando importare simple delito*”.

ii. Hurto

El artículo 446 del Código Penal señala: “*Los autores de hurto serán castigados: 3.º Con presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si excediere de media unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales*”.

iii. Aborto

Solo en el artículo 343 del Código penal se determina que: “*Será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio, el que con violencias ocasionare un aborto, aun cuando no haya tenido propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al hechor*”.

Cabe mencionar que existen más hipótesis en lo que respecta al principio de oportunidad, pero en función y sobre la base de lo que vamos describiendo en esta tesis, era necesario mencionar al menos los anteriores. Ahora bien, pese a que ciertos delitos de importancia tengan cabida en la normativa actual, sigue existiendo un margen limitado y restrictivo.

En reglón seguido, cuando el artículo señala que los delitos no deben ser de aquellos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, no constituye un elemento de mayor injerencia, visto que incluirlos, excedería, nuestra propia postura con relación a la concepción que tenemos de pena natural.

⁶⁴ CHAGUAN, Sabas. (2012). *Manual del nuevo procedimiento penal*, 7ª edición, Santiago de Chile: Editorial LexisNexis. Página 88.

5. ANÁLISIS A LA NORMATIVA VIGENTE CON RELACIÓN A UNA POSIBLE APLICACIÓN DE LEGE LATA

5.1 ARTÍCULO 398 DEL CÓDIGO PROCESAL

En relación con la historia del artículo 398 del Código Procesal Penal, es menester, mencionar un hecho de suma relevancia en torno a uno de los temas de esta tesis, que es la pena natural. En el contexto de la discusión legislativa en lo que se refiere a la modificación de dicha normativa, en un principio, el inciso primero de mencionado artículo señalaba lo siguiente: *"cuando resulte mérito para condenar por el hecho imputado (...) "*, ante lo cual el ex Defensor Nacional, el señor Rodrigo Quintana, precisaba en ese momento *"que la actual norma se enmarca en lo que la dogmática denomina "pena natural", es decir, existen casos en que la culpabilidad del autor es compensada por las consecuencias del hecho delictivo mismo, que para el imputado tiene similares efectos que una pena.*

En conclusión, agregó, *"hay casos en que los fines preventivos de la pena no se ven afectados o vulnerados por la no imposición de ésta. No hay que olvidar que la suspensión de la imposición de la pena no constituye un "perdón" del condenado, porque éste se somete a un periodo de observación de 6 meses. A ello se agrega que el artículo 398 es una facultad del juez de garantía, por lo que nunca procederá sin argumentos calificados y su objetivo es permitir que los primerizos no se integren a un círculo delictual"*⁶⁵. Pero la comisión de aquel entonces no estimó adecuada la reforma de dicho precepto, limitando su ámbito de aplicación nada más a las faltas, ya que no se establece el *"hecho imputado"*, más que la *"falta imputada"*.

Explicado lo anterior, el actual artículo 398 versa lo siguiente: *"Suspensión de la imposición de condena por falta. Cuando resulte mérito para condenar por la falta imputada, pero concurrieren antecedentes favorables que no hicieren aconsejable la imposición de la pena al imputado, el juez podrá dictar la sentencia y disponer en ella la suspensión de la pena y sus efectos por un plazo de seis meses. En tal caso, no procederá acumular esta suspensión con alguna de las penas sustitutivas contempladas en la ley N° 18.216. Transcurrido el plazo previsto en el inciso anterior sin que el imputado hubiere sido objeto de nuevo requerimiento o de una formalización de la investigación, el tribunal dejará sin efecto la sentencia y, en su reemplazo, decretará el sobreseimiento definitivo de la causa. Esta suspensión no afecta la responsabilidad civil derivada del delito"*.

Entonces, si seguimos a la letra la normativa vigente, la pena natural también podría aplicarse en cierta medida, en vista de que, esta no solo tiene aplicación en

⁶⁵ BOLETÍN N.º 3.465-07, Segundo informe de la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que modifica los Códigos Procesal Penal y Penal en diversas materias relativas al funcionamiento de la Reforma Procesal Penal, página 81.

ciertos tipos de delitos clásicos, como son los delitos culposos, que son la hipótesis típica de casos que podría tener cabida, si no que, también por ejemplo en delitos constitutivos de faltas.

Como el siguiente caso, un sujeto en octubre del año 2020 a eso de las 19.00 horas, se encontraba en la vía pública, Avenida Copayapu esquina Francisco de Aguirre, conduciendo en estado de ebriedad, con 1.23 gr/mil de alcohol en la sangre y sin haber obtenido licencia de conducir, un automóvil Citroën Berlingo, año 2018, color blanco, sin portar tampoco permiso o salvoconducto alguno que lo habilitará para encontrarse en la vía pública, ya que nos encontrábamos en plena pandemia, ante lo cual, fiscalía por los hechos relatados pide determinadas penas en atención a los siguientes fundamentos de derecho; *“i) El artículo 196, en relación con el 110 y 209 de la Ley de Tránsito, sanciona la conducción en estado de ebriedad, realizada sin haber obtenido licencia de conducir, con la pena de presidio menor en su grado medio y multa de 2 a 10 UTM y suspensión de la licencia de conducir por un lapso de 2 años tratándose de un primer evento, el acusado lo es en calidad de autor, el delito se encuentra consumado, no concurren agravantes, no concurren atenuantes de responsabilidad criminal, por lo que en conformidad a los artículos 7, 51, 68 inciso 1º, y demás pertinentes del Código Penal, 193, 110, 209 y demás pertinentes de la ley de tránsito, solicito se imponga al acusado la pena de 818 días de presidio menor en su grado medio, multa de 5 UTM y suspensión de la licencia de conducir, prohibición de obtenerla, por 2 años, más las accesorias legales de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, conforme el artículo 30 del Código Penal, ii) El artículo 318 del Código Penal sanciona la puesta en riesgo de la salud pública con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio o multa de seis a doscientas unidades tributarias mensuales, el acusado lo es en calidad de autor, el delito se encuentra consumado, no concurren agravantes, no concurren atenuantes de responsabilidad criminal, por lo que –de conformidad a los artículos 7, 51, 68 inciso 1º, y demás pertinentes del Código Penal- solicito se imponga al acusado la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, más las accesorias legales de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, conforme el artículo 30 del Código Penal, iii) . Las penas antes señaladas solicito sean aplicadas de conformidad al artículo 74 del Código Penal, sucesivamente, principiando por la de mayor gravedad, esto es, en el mismo orden que han sido expuestas en los numerales anteriores, iv) Todo lo anterior sin perjuicio de condenarle también al pago de las costas de la causa, según lo prescrito en el artículo 45 y siguientes del Código Procesal Penal y 24 del Código Penal”.*

No obstante, ante desproporcionada petición, el juez reúne antecedentes en torno a la situación económica del actor, quien menciona que no se encontraría con trabajo, debido a que, por el hecho delictivo perdió el que tenía, y que a su vez tiene cargas, las

cuales, son sus hijos. Finalmente, aprueba la salida alternativa, suspensión condicional del procedimiento por el plazo de dos años y las condiciones que le fija son dos; i) notificar algún cambio de domicilio por el artículo 238 letra g del Código Procesal Penal y ii) prohibición para obtener la licencia de conducir por el plazo de 2 años en virtud del artículo 238 letra h del mismo código.

Pero en relación con la multa solicitada, la magistratura la rechaza plenamente porque estamos presente ante una persona que tiene irreprochable conducta anterior y una persona que a raíz del hecho mismo pierde su trabajo, pues, aquí ya existe una “*sanción natural*”, puesto que perdió su fuente de ingreso por los hechos. Asimismo, menciona que por los tiempos que estamos pasando sería desproporcionado, y el tribunal entiende que esta “*pena natural*” es escarmiento suficiente para que el actor no cometa de nuevo este tipo de acciones.⁶⁶

Caso de suma relevancia a mi parecer, porque nos pone en una nueva hipótesis diferente a las clásicas brindadas por la doctrina y sobre todo porque es jurisprudencia nacional a raíz de la facultad que gozan los magistrados. Entonces, cabe preguntarnos, ¿la pena natural en este caso disipa en cierto grado la aflicción penal? Definitivamente, porque el individuo ya había experimentado una merma por la sola realización del acto que fue la pérdida de su trabajo, de su sustento, cosa no menor y además el juez añade algo relevante como son las condiciones del entorno en el momento dado, pues en el instante que se falla, estábamos en plena pandemia y él al abordar dicho punto, lo torna relevante.

5.2 ARTÍCULO 69 DEL CÓDIGO PENAL

Como hemos señalado en lo precedente de esta monografía, el artículo 69 del Código Penal, corresponde al mal producido y señala que: “*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*”.

Sobre la base de lo que ya hemos ido mencionando en este trabajo, el mal producido por la conducta es el elemento principal que nos convoca, y como hemos hecho referencia anteriormente, puede ser tanto físico o moral y es así como se establece en gran parte de las legislaciones que contemplan la pena natural, pero también se evidencia a la luz de las definiciones que hemos otorgado en lo que va del trabajo. No obstante, a lo mencionado, resulta necesario abarcar la extensión de dicho mal producido, visto que poco se ha examinado en la doctrina la amplitud que tendría dicha noción.

⁶⁶Causa RUC N° 2001083634-5, RIT N° 9009-2020 del Juzgado de Garantía de Copiapó, Chile, por el delito de conducción en estado de ebriedad con o sin daños o lesiones leves, contra salud pública. arts. 313 d al 315 y art. 317

En ese sentido, ETCHEBERRY al referirse a dicha norma, menciona que si bien el artículo 69 no dispone reglas rígidas y precisas al tribunal -y mal podría hacerlo dentro de la infinita variedad de casos, especialmente por lo que respecta al mal producido por el delito-, lo que hace es establecer un precepto imperativo para el sentenciador, de modo que igualmente este está obligado a establecer en su decisión la forma en que ha dado cumplimiento a lo dispuesto en este artículo. Abarcando el valor que asigna al número de circunstancias modificatorias, la "*entidad*" que a estas atribuye, cuál es la "*extensión*" del mal, dentro del mérito del proceso, y, en fin, el modo en que todos estos presupuestos se han conjugado en su pensamiento para llevarlo en definitiva a precisar la pena⁶⁷.

Ahora bien, no existe una conceptualización de que se entiende por mal producido, pero como señalábamos anteriormente se puede vincular a la lesión o perjuicio provocado al tipo penal, por tanto, correspondería a la lesión del bien jurídico protegido, pero su amplitud sigue siendo un concepto indeterminado y ambiguo. Sin embargo, al cotejar lo descrito por ETCHEBERRY podríamos afirmar que es labor de la magistratura señalar cuál es dicha extensión. Pero al ser un ámbito de escasez dogmática, el académico ALEX VAN WEEZEL, trata de darnos ciertas directrices en esta materia, señalando que dicho presupuesto, supone a su parecer los siguientes criterios:

- a) los resultados típicos no asociados por sí solos en el tipo a incrementos vinculantes de penalidad;
- b) las repercusiones, que necesariamente serán extra típicas, derivadas de la tentativa y del delito frustrado;
- c) las demás repercusiones extra típicas del hecho, tanto en los delitos de resultado como en los de mera acción. Menciona que, en todos estos casos, el artículo 69 solamente alcanza a las repercusiones del hecho que sean, al menos, objetivamente imputables al comportamiento típico. Señalando que discutible si además debe existir dolo o culpa respecto de ellas, y si debe tratarse de repercusiones culpables. De todas formas, la barrera de la imputación objetiva puede bastar para dejar al margen consecuencias insatisfactorias como, por ejemplo, la imputación en todo caso de la muerte del bombero al autor del incendio⁶⁸.

De lo mencionado, extraemos un elemento «repercusiones extra típicas», que a priori nos dejaría cierto margen para la posible aplicación *lex lata* de la pena natural por esta vía, pero desde luego, una interpretación restrictiva no toleraría esta hipótesis.

⁶⁷ ETCHEBERRY, Alfredo. (1997). "*Derecho Penal, Parte General*", Tomo II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 3ª Edición. página 190 y siguientes.

⁶⁸ VAN WEEZEL, Alex. "*Determinación de la pena exacta: el artículo 69 del Código Penal*", en Universidad de Talca. *Ius et Praxis. Derecho en la Región*. Año 7 N.º 2, 2001.

Porque este término de repercusiones extra típicas constituye de por sí un concepto indeterminado, por lo que podría dejar una vía para que entren en juego otros supuestos, y no solo los que constituyen pena natural, lo que tornaría la norma más que una regla imperativa en un papel en blanco.

En definitiva, a nuestro parecer el artículo 69 del Código Penal no nos permite una posible aplicación de nuestra visión de pena natural como de lege lata, considerando su contenido en cierto punto es críptico, al no establecer la amplitud de esta extensión del mal producido, lo que supone un terreno sumamente abstracto.

6. ¿LA PENA NATURAL CONLLEVA EN CIERTO GRADO UN COMPORTAMIENTO POSTDELICTIVO POSITIVO?

Si bien es cierto que la pena natural hace alusión a que cuando las consecuencias que le toca sufrir a la persona que cometió un acto ilícito son de tan envergadura que pueden significar una dispensa o aminoramiento de la pena que podría imponérsele. Siendo esta una noción somera de lo que hemos ido exponiendo y que en definitiva resulta necesaria una conducta que es la realización del hecho punible. Respecto de lo mencionado, la situación más elemental es cuando existe un comportamiento humano orientado conscientemente por la voluntad de cara a un fin determinado⁶⁹. Pero esto se complica cuando se modifica la estructura de las figuras penales, como los delitos culposos.

Por esta razón, el comportamiento individual en la realidad si importa, ya que únicamente conociendo las particularidades que inciden en la extensión de los actores, esto es, -en resumidas cuentas, como los comportamientos adquieren un significado, desde un punto de vista normativista-, como, los antecedentes personales del acusado, comportamientos anteriores y posteriores al acto delictivo, modalidades del delito, entre otros, pueden llegar a tener cierta significación jurídica.

Es por eso, que, en relación con la pregunta, ¿la pena natural conlleva en cierto grado un comportamiento postdelictivo? Podemos señalar que de cierto modo si, y para poder explicarlo lo ejemplificaremos en primer lugar con un caso concreto.

El día 4 de julio del año 2015, en plena festejación de que Chile sale campeón de la copa América una mujer, de 51 años, en el contexto de un asado familiar bebió alcohol hasta las 19.30 y luego fue a dormir. Cerca de las 5.00 de la madrugada, señala que, su teléfono comenzó a sonar. Habría sido su hija, quien le pidió que la fuera a buscar a una discoteque de Arica. Pese a que en un principio le dijo que mejor abordara un taxi, finalmente habría desistido de esa opción y accedió a la petición. Posteriormente a recogerla, ambas fueron al encuentro del novio de la joven a una playa. Sin embargo, no alcanzaron a concluir dicho viaje. Rojas perdió el control de su vehículo e impactó contra la rampa de un camión. Cuando despertó, se encontró con su hija inconsciente a

⁶⁹ ETCHEBERRY, Alfredo. Op.Cit., pág. 110.

su lado. Ivania fue trasladada en estado grave hasta el hospital de la ciudad. Nueve días después falleció a causa de un paro cardiorrespiratorio, después de sufrir un traumatismo craneoencefálico y torácico. Los peritajes posteriores mostraron que la responsable del accidente registró 1,58 gramos de alcohol por litro de sangre. Tras el hecho, la mujer dijo que fue abandonada por su esposo, quien solicitó la custodia del hijo menor.

Después del hecho, y casi 4 años, el Tribunal Oral en lo Penal de Arica falló. Y dicha sentencia señalaba que absolvía a Rojas, pese a la solicitud de pena del Ministerio Público, de 10 años y 1 día de prisión efectiva. El fallo, señalaba lo siguiente: *“De acuerdo con el fallo, “no cabe duda de que nos encontramos ante casos en que a consecuencia de la comisión del injusto penal, el agente sufre anticipadamente una pena distinta de aquella que de manera abstracta ha sido asignada por el legislador (...) (La muerte de su hija) constituye una sanción incluso más gravosa que aquella, pues sus efectos se extienden en el tiempo, siendo en la mayoría de los casos perpetuas, debido a las recriminaciones endógenas y exógenas, no solo de parte de la familia de aquel, sino también sociales y jurídicas, al proseguirse en su caso la acción penal”*⁷⁰, En la misma línea el profesor SERGIO POLITOFF, citado en la sentencia, señalaba: *“ante el conductor imprudente que, en la colisión con un árbol, ocasiona la muerte de su mujer y de sus hijos, ¿qué puede añadir de razonable el Derecho penal?”*.

Posterior a la sentencia, el Fiscal Adjunto de la Fiscalía Local de Arica, del Ministerio Público, interpuso recurso de nulidad en contra de la sentencia pronunciada el diecinueve de junio del año en curso, por dicho Tribunal, por la cual se absolvió a CMRR, como autora del delito consumado de conducción en estado de ebriedad con resultado de muerte, previsto y sancionado en el artículo 196, en lo que se refiere al artículo 110, ambos de la Ley N° 18.290, por los hechos acaecidos el día 5 de julio de 2015 en el territorio jurisdiccional de dicho Tribunal. Sostiene que: *“los Jueces del fondo, pese a haberse probado el delito y acreditada la participación culpable de la encartada en él, el Tribunal no podía soslayar que efectivamente, como consecuencia del hecho punible, aquélla experimentó la muerte de su hija, circunstancia que le ha significado un padecimiento constante y que hizo necesario, en concepto judicial, a base de un tema que ha sido discutido en la dogmática penal, tanto nacional como extranjera, y que se viene consolidando día a día, según se afirma en la sentencia, cual es el instituto de la pena natural; fue absuelta”*⁷¹.

En fallo dividido la Corte de Apelaciones de Arica acogió el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público y anuló la sentencia que absolvió a acusada por el delito consumado de manejo de vehículo motorizado en estado de ebriedad con

⁷⁰ Causa Ruc N.º 1510022971-1, RIT O-170 – 2018, Del Tribunal De Juicio Oral En Lo Penal De Arica.

⁷¹ Corte de Apelaciones de Arica, causa Rol N° 326-2019.

resultado de muerte, al aplicar la figura de la pena natural, no prevista en el ordenamiento jurídico.

El caso expuesto anteriormente es claro ejemplo de lo que hemos desarrollado como pena natural, inclusive los jueces de primera instancia así lo valoraron, de forma dogmática y teniendo en consideración las peculiaridades del propio caso en cuestión. Pero al no estar de forma tácita en nuestro ordenamiento jurídico pudo ser expuesta dicha sentencia a un fundamento que de por sí está dentro de márgenes legales, pues el problema no está en que se casa la sentencia, por el vacío legal existente para casos, como el que se expuso.

Y sobre la pregunta central de este apartado, podemos señalar que si se podría plantear que la pena natural en sí misma lleva un comportamiento postdelictivo positivo, puesto que, necesita del acto posterior de padecimiento u sufrimiento en vinculación con el arrepentimiento que le provocó la acción realizada (se hace alusión a la idea, de que se necesita colmar con un hecho posterior la significancia que tendría el no aplicar una pena judicial) y en este caso se evidenciaría con el dolor que sufre la madre, ya sea, por los días de incertidumbre en torno a lo que provocó con el acto ilícito, la propia muerte de su hija y por último y no menor, el temor por el alejamiento de su otro hijo.

Sin duda esta pregunta no tiene una respuesta consolidada aún, ya que ambas instituciones no tienen un pleno desarrollo dogmático, pero creemos necesario al menos plantear dicha hipótesis que por lo menos podrá germinar con el restante contenido de este trabajo, dado que de igual forma aborda los comportamientos postdelictivos positivos.

CAPITULO IV

COMPORTAMIENTOS POSTDELICTIVOS

1. NOCIONES PRELIMINARES ACERCA DE LOS COMPORTAMIENTOS POSTDELICTIVOS

Como hemos ido desarrollando en lo que va de este trabajo, y que evidenciaremos en profundidad en este apartado, el comportamiento humano como concepto jurídico tiene un grado de relevancia no menor, y a nuestro parecer dicho comportamiento toma realce tras el perfeccionamiento u consumación del hecho delictivo, y así también lo manifiesta ÉRIKA MENDES DE CARVALHO en su libro *“Comportamiento postdelictivos y fines de la pena”*. En dicha obra nos brinda contenido de suma importancia para configurar nuestra propia visión sobre estos.

En mencionado estudio, la autora nos señala que: *“además de motivar la actuación del Derecho Penal a través de la imposición de una consecuencia jurídico-penal, el comportamiento humano, cuando es posterior al delito, conlleva determinadas consecuencias, como la atenuación, la disminución o incluso, la total exención de la pena cuando estén satisfechos ciertos requisitos”*.

Fijado lo anterior, debemos abarcar el elemento “culpabilidad”, pero respecto a su vertiente individual, pues de esa forma estaríamos presenciando sus lineamientos más amplios, es decir, de esa manera podemos cerciorarnos de que existen elementos adicionales y ulteriores que se convertirían en concluyentes y convincentes a la hora de la determinación de la sanción penal en relación con la culpabilidad. En consecuencia, algunos de esos elementos u comportamientos serían: *“i) los motivos del hecho, ii) la finalidad, iii) la fuerza de la voluntad, iv) los medios empleados, v) lo relativo al orden de la comunidad, vi) su vida anterior al hecho, vii) su comportamiento después del hecho, viii) las consecuencias del hecho”*⁷².

De lo anterior es menester señalar, que actualmente se maneja un concepto restringido de culpabilidad, en el cual los comportamientos postdelictivos positivos solamente tienen cabida en mencionadas circunstancias de modificación de responsabilidad penal. Dicha realidad a nuestro parecer limita el posible espectro de aplicación, teniendo en cuenta que nos avocamos a ampliar dicha esfera, y así, de esa forma, tendría sentido la existencia de elementos -como los mencionados en el párrafo anterior- que sin pertenecer ni al injusto ni a la culpabilidad, concurrirían en la ejecución del hecho delictivo y evitarían *ab initio* el surgimiento de la punibilidad⁷³.

⁷² En ese sentido, CURY, Enrique. (2005). “Derecho Penal, Parte General”, Tercera edición, Ediciones Universidad Católica de Chile. Página 474.

⁷³ MUÑOZ, Jesús. (2019). “A grandes males... (o de la colaboración con la justicia en la criminalidad organizada)”, Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad, ISSN: 2531-1565. Página 6.

En consecuencia, no debería decirse entonces que la pena se determina únicamente por la culpabilidad.

De lo dicho anteriormente, somos claros en ratificar que dicha conducta tiene su génesis a partir de un hecho ilícito, pero se desarrollan de forma posterior, ósea, después de llevarse a cabo los actos de ejecución del delito.

A su vez, cuándo señalamos que existen elementos determinantes con relación a la designación de una sanción penal, en *stricto sensu*, lo vinculamos con las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal o también llamadas causas de levantamiento o supresión total o parcial de la pena -como vimos previamente-, en lo concerniente a que no es desconocido que la tendencia actual, proyecta la consagración de fórmulas más flexibles, no obstante, siempre teniendo como limitante la arbitrariedad que podría manifestarse.

Pese a lo señalado, dichas causas están categóricamente disociadas de un fin preventivo, y se vislumbran, lisa y llanamente hacia un tipo de arreglo sobre sus intereses oportunistas. Por esta razón se ha pensado incorrectamente que el fundamento se hallaría más bien en una gracia concedida al autor con carácter de premio⁷⁴, que evidencia, en ciertos casos, la incompatibilidad de tales normas con los fines de la pena y, consecuentemente, su escasa legitimidad político-criminal⁷⁵.

Por consiguiente, no concordamos con la última premisa, considerándola equívoca, dado que, establecer dichos márgenes de excepción a la aplicación de la sanción penal, no quebrantaría la legitimidad político-criminal que tiene un Estado, en vista de que esto funcionaría justamente a la inversa, pues, en el derecho positivo internacional e incluso el nacional, las técnicas premiales se han manifestado a través de instituciones plenamente vigentes como lo son, entre ellas en nuestro país, las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, y en el desarrollo de la aplicación de estas, no se incurre en infracción alguna al Estado de Derecho.

De lo anterior, un claro caso es la circunstancia atenuante genérica contenida en el artículo 11 numeral 9 del Código Penal, consistente en la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos⁷⁶. Dicha atenuante constituye plenamente un comportamiento postdelictivo positivo, y aunque se cuestione las finalidades utilitarias de dicho contexto, creemos que la utilización de este tipo de circunstancias aminora el daño penal provocado con el propio acto delictivo, y a la vez actúa de forma contributiva al sistema procesal penal, puesto que en el propio caso de la atenuante mencionada, está constituye un componente sustancial y crucial para poder descifrar lo que en verdad ocurrió en un determinado contexto ilícito, y de esa forma se establece

⁷⁴ ZAFFARONI, E. R., ALAGIA A. y SLOKAR, A. Op.Cit., pág. 656.

⁷⁵ CARVALHO, M. Érika, “*Punibilidad y delito*”. Op.Cit., pág. 507.

⁷⁶ HORVITZ LENNON, María Inés, LÓPEZ MASLE, Julián. Op.Cit., pág.317.

como de suma relevancia para el quehacer jurídico procesal moderno, y también en relación con el grado de eficacia del mismo, pues como hemos mencionado, aquí existe una conducta postdelictiva pero positiva.

Lo anterior pudiera parecer estar fuera de toda discusión o simplemente parecer obvio, pero a nuestro criterio, estimamos importante dejar claro dichos elementos para poder transitar en su contenido más dogmático.

De ello se deriva que el instituto como tal de comportamientos postdelictivos positivos no es muy vasto, ni tampoco conforma un todo uniforme, sino que se integra en un ámbito muy variopinto, y aún indeterminado. Inclusive ante los criterios diferenciadores que tiene la doctrina, sobre todo de quienes no los consideran un componente como tal, podemos señalar que encuadrarían en la figura de punibilidad. De este modo, encajarían *prima facie* de forma correcta en las circunstancias de atenuantes y eximentes como hemos ido señalando, pero tratamos de ir un poco más allá en nuestro planteamiento, siendo proclives en esta área, para encaminarnos hacia una posición que, si bien podría señalarse desacertada por parte de la doctrina, a nuestro juicio se encamina hacia las tendencias modernas que abarca el Derecho Procesal Penal garantizador, pues de acuerdo a MENDES DE CARVALHO, si se parte de la premisa de que la punibilidad es un elemento accidental y no esencial al concepto de delito, no se puede vislumbrar obstáculo alguno a la inclusión en la misma, como su vertiente negativa, de todos aquellos supuestos de exclusión de la punibilidad ya sea anteriores o posteriores al delito⁷⁷. Por su parte, SILVA SÁNCHEZ menciona que: *“La virtualidad delictiva del hecho es dinámica: hay elementos posteriores al ‘hecho’ que inciden en el juicio sobre su carácter delictivo (desestabilizador), de modo que la teoría del ‘delito’, como unidad de significado, que parte del hecho, estimado antijurídico y culpable, habría de integrar otros elementos capaces de incidir en esa dimensión de significado”*⁷⁸.

De esta forma, debe existir un marco regulador, y para ello, JESÚS MARÍN MUÑOZ, nos señala de forma correcta: *“Para que opere el efecto de levantamiento de la pena, es preciso que el comportamiento postdelictivo cumpla con los fines asociados a ésta. De ahí la importancia que tienen los fines de la pena”*⁷⁹, en otras palabras, es necesario obtener la validez desde la óptica de los fines de la pena y así poder constituirse como un instrumento de política criminal.

En consecuencia, resulta concordante el orientar el planteamiento hacia una postura no vacilante, de que los comportamientos posteriores delictivos hacen decaer

⁷⁷ CARVALHO, M. Érika, *“Punibilidad y delito”*. Op.Cit., pág. 184.

⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ, J., *“Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito”*. En: El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal, p. 20, nota 16

⁷⁹ MUÑOZ, Jesús. Op.Cit.

la necesidad de pena, criterio, que es necesario mencionar, ha sido introducido por voces mucho más calificadas que la mía⁸⁰. De este modo, se opere como contrapunto de la mera imposición de esta, y a su vez aminore los efectos colaterales tanto judiciales como extrajudiciales⁸¹. Habida cuenta desde el ámbito de prevención general, tendría como parte fundante del comportamiento postdelictivo, que esté tendría plena vigencia cuando la acción del sujeto, independientemente de su eficacia, suponga un buen ejemplo ante los ojos de la comunidad por su regreso voluntario a la legalidad⁸².

Una vez explicada la base de nuestra postura sobre estos actos posteriores al delito, creemos necesario profundizar un poco más sobre su naturaleza, así, *verbi gratia*, es necesario mencionar que su aplicación por antonomasia se establece en el campo pecuniario y así evidencia su precedente del “civil law”, pero con el desarrollo de fundamentos como el que se trata de dar en este trabajo, es plausible abordar los comportamientos postdelictivos positivos en sede procesal, aunque esto no es algo novedoso, puesto que su manifestación ya existe por parte del derecho comparado.

En definitiva, la naturaleza por la cual está compuesto estos comportamientos postdelictivos positivos, podría parecer evidente a partir de su propio concepto, pero al menos es necesario aterrizar sus nociones con un carácter más amplio.

El profesor Español MARTÍNEZ RUIZ de una forma acertada establece, conceptos como el de “*delincuente primario*”, en el sentido de que el interesado debe ser el sujeto activo del hecho ilícito, luego menciona la “*voluntariedad por parte del imputado*”, en otras palabras, este interés o acción debe darse por parte del imputado de forma libre, y a la vez como menciona FARALDO CABANA la voluntariedad del comportamiento postdelictivo positivo permite afirmar que se produce un *actus contrarius* al delito ya consumado que no puede carecer de toda relevancia en la individualización de la pena⁸³. Volviendo a la idea anterior, MARTÍNEZ estima necesario el “*reconocimiento al menos del hecho objeto del proceso por el investigado*”, criterio sumamente acorde a nuestra postura, debido a que no existe un margen para la falta de un estado de ánimo que revele o del cual se infiera el reconocimiento de haber obrado mal, ya sea por el sufrimiento o la propia aflicción que provoca el hecho en él propio actor, y en la

⁸⁰ En la doctrina española, Vid: ROXIN, “*Prevención y determinación de la pena*”, traducción de MUÑOZ CONDE, 1979, páginas 71 y siguientes; GALAIN PALERMO, Pablo, “*La reparación del daño a la víctima del delito*”, Editorial Tirant lo Blanch, 2010, Valencia, España, ISBN:9788498769487; DE VICENTE REMESAL, J. “*El comportamiento postdelictivo*”. Edit. Universidad de León. León, 1985.

⁸¹ MARTÍNEZ RUÍZ, J. “*La reparación del perjuicio como comportamiento post delictivo positivo como instrumento de política criminal*”, Colección “Monografías de Derecho Penal”, Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 – 28015, Madrid, ISBN: 978-84-9148-454-7, 2017, Página 39.

⁸² FARALDO, C, Patricia. (1997). “*La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento postdelictivo positivo*” (los núms. 4º y 5º en relación con el núm. 6º del artículo 21 del Código penal de 1995”), Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. Páginas 243.

⁸³ Ídem.

víctima. También alude a la “*tempestividad procesal del comportamiento postdelictivo*”, y “*la efectiva ejecución por el encausado de las prestaciones reparatorias materiales o, en menor medida, simbólicas, encaminadas a afrontar la responsabilidad civil ex delicto*”.

De lo anterior, hay que hacer una diferenciación, para poder vincularlo a nuestros propios criterios, ya que cuando se habla de reparaciones, debe también tomarse en cuenta el propio abandono voluntario de las actividades delictivas como prerequisite para acceder al beneficio, y a su vez debe también englobarse en dicho término, la colaboración activa del sujeto activo con las autoridades.

Para concluir, el autor menciona “*la aceptación por la víctima o, en caso extremo, del Ministerio Fiscal, del comportamiento postdelictivo*”, desde nuestro punto de vista, establece una postura un tanto limitante, puesto que debemos ser conscientes de quienes toman la decisión final, y ellos son en definitiva los tribunales de justicia en específico el juez, y basándose en lo que se señala, se dejaría fuera de una posible aceptación. Debido a que se requiere de un reconocimiento de responsabilidad que sea ponderada por el legislador (ex ante) y el juez (ex post) a modo de incentivo político criminal.

Por su parte, ÉRIKA MENDES DE CARVALHO vislumbra tres rasgos fundamentales que sirven para poder comprender los lineamientos del contenido de los comportamientos postdelictivos, en definitiva, señala “*la posterioridad*”, “*la voluntariedad*” y su “*contenido positivo*”⁸⁴, adicionalmente menciona que la voluntariedad se encuentra conectada a el límite temporal máximo para la realización del comportamiento postdelictivo.

Luego de introducirnos en este instituto, de dar a conocer tanto las posturas entorno a su pertenencia al ámbito de la “culpabilidad” como de la “punibilidad”, y del contenido de su naturaleza, procederemos a analizar ejemplos de comportamientos postdelictivos, ya sea los aceptados por parte de la doctrina como los nuevos planteamientos, y en definitiva fundamentar la aminoración del daño penal por esta vía.

2. EXENCIÓN DE LA PENA POR COMPORTAMIENTOS POSTDELICTIVOS POSITIVOS

El objeto de los siguientes apartados transitará en dos caminos, por una parte, dar a conocer en grandes rasgos la auténtica naturaleza de los “clásicos” comportamientos postdelictivos positivos desarrollados por la doctrina y, por el otro, dar respuesta a la principal finalidad de esta monografía, que es establecer si es posible la aminoración de la aflicción penal por esta vía.

Para ello nos adentraremos en la exposición y análisis de las distintas tesis expuestas sobre el fundamento y razón de ser de estas instituciones en el Derecho Procesal Penal en general, y a su vez, la posible existencia de ventajas como también de críticas sobre ellas. Cabe mencionar que el siguiente análisis se realizará de forma

⁸⁴ CARVALHO, M. Érika, “*Comportamiento postdelictivos y fines de la pena*”. Op.Cit., pág. 41.

sucinta y acotada en vistas que estamos nada más frente al planteamiento del tema, puesto que lo anterior es necesario para lograr percibir, y comprender lo que abordan estos tipos de comportamientos *-de signo positivo-*, más no, una tesina a profundidad de cada uno de estos.

2.1 DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA

De forma preliminar, y para lograr ser capaces de plantear nuestra posición en lo *a posteriori*, es necesario mencionar, antes que nada, que no existe un criterio uniformado en la doctrina en torno a esta posible causa de levantamiento de la pena, sin embargo, con una interpretación divergente y moderna, existen grados de acuerdo por parte de la doctrina. Incluso se plasma tácitamente en otras legislaciones del derecho comparado, así, por ejemplo es el caso Español, que con una descripción pormenorizada en el artículo 16 del Código Penal hace referencia al concepto de tentativa del delito, y en su numeral 2 señala que: *“Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito”*.

Dicho artículo hace referencia tanto a la tentativa inacabada como la acabada, diferencia que en definitiva tiene que ver con el grado de ejecución de la acción. Atengámonos ahora a dar nuestra primera opinión en base a lo anterior, y esta es, que nos parece cuestionable barajar el desistimiento, cuando esté se trata del desistir de la concretización propia de la vulneración del injusto penal, en el ámbito de la culpabilidad, pero en la acertada lógica de ÉRIKA MENDES DE CARVALHO y de un gran sector de la doctrina, la cual puede hacernos replantearnos nuestra posición, pues se destaca que, no es indispensable la consumación del delito para la configuración del comportamiento postdelictivo, puesto que este es perfectamente admisible porque se logra verificar con anterioridad a la consumación del acto delictivo sobre el bien jurídico protegido, pero si con posterioridad a la realización del injusto de la tentativa⁸⁵.

En vista de lo anterior, y con el criterio de BUSTOS RUBIO, quien señala que se puede aseverar que, el fundamento del desistimiento en la tentativa no se identifica en una única razón, sino que reside en un binomio de ideas diferenciadas, o en una especie de argumento dual fundante⁸⁶, dada las diferencias entre las tesis que lo aceptan, y por consecuencia menciona a nuestro parecer correctamente que: *“Con la institución del desistimiento se produce una importante disminución de la necesidad de imponer pena: ésta es ya innecesaria en aras a alcanzar los fines preventivos que se le asignan, pues los mismos ya se habrían logrado por medio del comportamiento postdelictivo*

⁸⁵ CARVALHO, M. Érika, *“Punibilidad y delito”*. Op.Cit., pág. 149.

⁸⁶ BUSTOS RUBIO, Miguel. (2017). *“El desistimiento de la tentativa como forma de comportamiento postdelictivo: Naturaleza y fundamento”*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). Núm. 19-08, pp. 1-32. Disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/19/recpc19-08.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 19-08 (2017), 23 jul]

que supone ese desistimiento". Ya que, en definitiva, el desistimiento hace superflua e innecesaria la aplicación de la pena, a causa de que el individuo vuelve voluntariamente al ámbito de la legalidad, renunciando a concretar el resultado, es decir, no materializa las siguientes etapas necesarias del curso causal del delito, y en resumen estas constituyen fases imprescindibles para la obtención del resultado.

Para simplificar lo antes dicho, existe una parte de la doctrina que establece el desistimiento en la tentativa como elemento negativo del tipo (es decir, no existe causa de justificación, causas de inimputabilidad o inculpabilidad), o quienes la consideran como causa de atenuación o eximente de la pena, es decir excusas absolutorias o de levantamiento de la sanción⁸⁷.

Sentadas las anteriores premisas, y tras este examen de causa, es menester destacar la concepción desde la doctrina española, para ello POZUELO PÉREZ, determina que: *"Los actos ejecutivos que han comenzado a realizarse son jurídico-penalmente irrelevantes si existe un desistimiento voluntario y eficaz, con lo que la consecuencia es que no habrá llegado a existir el injusto en la tentativa"*⁸⁸, a la vez, es conocido que la autora de igual forma apela a los discernimientos político-jurídicos para conducir a la consolidación e integración de la pluralidad de circunstancias -es decir, comportamientos- que, sin pertenecer al injusto y a la propia culpabilidad, impactan en la imposición de la pena⁸⁹.

Sobre la base de lo dicho, se requiere para que se configure el desistimiento en la tentativa acabada (delito frustrado) que el autor evite el resultado o bien logre retrotraer la realización del plan a un grado anterior al último paso de la acción proyectada, es decir hasta el grado de una tentativa incompleta (inacabada). De modo ejemplificativo: Si A golpea a B dolosamente, dejándolo malherido, no basta con el solo arrepentimiento interno de A. Más bien es necesario que exista la intención activa y eficaz de que A lleve a B en dirección a un recinto hospitalario, y que, a su vez, B reciba la correspondiente atención médica, porque de lo contrario A no estará haciendo ningún acto supererogatorio que inste a retrotraer la acción.

⁸⁷Cfr. FARALDO, C, Patricia. (2000). "Las causas de levantamiento de la pena", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia. ISBN: 9788484420798. Página 62.

⁸⁸ POZUELO, PÉREZ. Laura. *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva: Un estudio acerca de fundamento y ubicación sistemática*. Editorial Tirant lo Blanch, 2003, Valencia, España ISBN: 9788484428640, página 267 y siguientes.

⁸⁹ Ibid, Pág. 448.

Importa dejar por sentado, además, que existen otras teorías como, el puente de oro⁹⁰, teorías premiales⁹¹, teoría unitaria⁹², entre otros argumentos que son contrarios a la base que hemos ido explayando, y como bien señala BUSTOS RUBIO, es que dicho fundamento debe partir en todo caso de una explicación desde la impunidad por falta de necesidad de sancionar derivada de la ausencia o disminución de razones de prevención general y prevención especial, que contribuye de manera determinante a explicar la razón de ser de la cláusula de desistimiento en la tentativa⁹³.

Además, como señala POLITOFF: *“La tentativa, en cuanto delito imperfecto, representa un menor injusto con relación al delito consumado, ya que, aunque la voluntad del hechor apunte a la consumación, el tipo legal no se ha completado, sino que únicamente se le ha dado principio. No es bastante, pues, la voluntad que apunta a la realización del tipo descrito en la ley, sino que ella debe haberse exteriorizado en la realización de una parte de la acción típica mediante hechos directos”*⁹⁴.

Para finalizar, es necesario avocarnos al ámbito nacional, nuestro Código Penal en su artículo 7 versa: *“Son punibles, no sólo el crimen o simple delito consumado, sino el frustrado y la tentativa. Hay crimen o simple delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad. Hay tentativa*

⁹⁰ VON LISZT afirmaba en el momento en que se traspasa la línea divisoria entre los actos preparatorios impunes y la ejecución punible, se incurre en la pena establecida para la tentativa. Este hecho no puede ya ser alterado, ni «anulado por volverse atrás», ni desaparecer del mundo. sin embargo, puede la legislación, por razones de política criminal, construir un puente de oro para la retirada del agente que ya era susceptible de pena. ella lo ha hecho, convirtiendo *en causa de extinción de la pena el desistimiento espontáneo*. De este modo, de la condición ilícita del acto de tentativa proceden la no exención de pena del coautor y partícipes, y la punibilidad de otro delito consumado en el marco del iter criminis. Véase, Vid.: VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho penal, Tomo III*, (traducción de la 20ª edición alemana por: Jiménez de Asúa, L.; adicionado con el Derecho penal español por: Quintiliano Saldaña), Editorial Reus, 2ª edición, Madrid, 1929, página 20.

⁹¹ En resumidas cuentas, tiene que ver con el Derecho Penal premial que constituye un grupo de tesis dogmáticas modernas, en que fundamentan el desistimiento con un tipo de perdón, premio o acto de gracia, en los siguientes términos, el legislador penal ejerce su derecho de gracia respecto del sujeto que impide la consumación del delito. Pero de inmediato surgen ciertas críticas, porque dicho fundamento también puede ser usado a la inversa, fundamentando el desistimiento en la tentativa como forma de premio al sujeto que vuelve a la senda del Derecho. Vid. Pozuelo Pérez, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, cit., página 58.

⁹² Las tesis unitarias inician del concepto que “desistimiento” y “tentativa” no son independientes entre sí, sino que conforman un todo, una unidad, por lo que el hecho de desistir del delito intentado sería una prueba de que la propia tentativa nunca llegó a existir o fue neutralizada retroactivamente. Véase, BUSTOS RUBIO, Miguel. Op.Cit.

⁹³ BUSTOS RUBIO, Miguel. Op.Cit.

⁹⁴ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. (1999). *Los actos preparatorios del delito Tentativa y Frustración, El Iter criminis*, 1ª edición, Editorial Jurídica, Santiago, Chile. ISBN 9789561012585. Página 25.

cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento.

En concreto, en la praxis, el delito frustrado hace referencia a lo que venimos hablando de la tentativa acabada, y la tentativa propiamente tal es la denominada inacabada. Cabe hacer mención expresa a que no en toda la doctrina, se consideran conceptos y sustancias equivalentes, no obstante, a nuestro criterio, sería concordante, por todo lo expuesto ut supra.

2.2 REMORDIMIENTO Y ARREPENTIMIENTO

En primer lugar, debemos señalar que remordimiento y arrepentimiento son conceptos desiguales bajo nuestra percepción, pero que a la vez convergen en un sentido análogo. Por un lado, el remordimiento nace de un mal producido, es decir es el fruto del propio acto, en cambio, el arrepentimiento es más bien un reconocimiento tácito, y tiende su intención a no volver a cometer un hecho parecido, puesto que le provocó un sentimiento contradictorio. A pesar de lo dicho, estimamos necesario una conceptualización que abarque más elementos para comprender su propio contenido, para ello, ARMIJO Y NEIRA definen el arrepentimiento eficaz como: *“aquella conducta del sujeto incurso en un delito que, obrando conjuntamente con la autoridad, entrega antecedentes precisos, verídicos y comprobables que permiten disminuir o reparar el daño causado, determinar el cuerpo del delito o sus autores, cómplices o encubridores, facilitar su castigo, impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad, el secuestro o la incautación de los bienes producto del delito, y por lo cual se beneficia, por razones de político criminal con la reducción o exención de la pena”⁹⁵*.

En cuanto al remordimiento bien señala SILVA SÁNCHEZ que: *“Es efectivamente algo más que la conciencia de haber obrado mal; es precisamente el sufrimiento derivado de esa ausencia de paz con uno mismo. (...) De uno u otro modo, parece que el remordimiento resulta un equivalente funcional de la dimensión fáctica de la pena”⁹⁶*, lo anterior en lo relativo a la factible aplicación de la pena natural, pero a la vez es inevitable no señalarlo para el proseguir de esta descomposición dogmática.

Una vez hecha esta diferenciación, procederemos a establecer su naturaleza jurídica, y responder ciertas preguntas claves para ceñir su análisis, entre ellas, ¿puede el arrepentimiento como ente autónomo lograr que el malhechor vuelva transitar por el camino del derecho? ¿el arrepentimiento es solo un mecanismo que el sujeto usa para sus fines personales?, entre otras.

⁹⁵ ARMIJO LOBOS, René; NEIRA HURTADO, Andrés. (2004). *“El arrepentido colaborador con la justicia”*, Memoria de prueba para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Página 12.

⁹⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús, M. *“¿Puede considerarse el remordimiento una ‘poena naturalis’?”* en SILVA SÁNCHEZ, Jesús, M. *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, Buenos Aires, B de F editores.

Esto nos conduce a descifrar que de forma implícita existe un común denominador sobre las pluralidades que pueden darse dentro del marco de una conducta postdelictiva -de signo positivo-, puesto que todos tienen puntos en común o que terminan coincidiendo con estos dos conceptos como, parte de su estructura.

En vista de lo anterior, esta proposición de valorar dichos elementos, forman parte del nuevo paradigma sobre la justicia restaurativa. Dicha justicia proyecta un cambio de paradigma, teniendo en cuenta que se establece en contra del expansionismo penal o también llamado intervencionismo penal⁹⁷.

En la reflexión sobre esta materia, CALDERÓN SUSIN se hace cargo de forma heterogénea y establece que el “arrepentimiento espontáneo” se concibe como razón meramente de política-criminal con carácter utilitario o pragmático, en aras de proporcionar fácilmente la reparación del daño y la persecución policial⁹⁸, además menciona que: *“La atenuante de arrepentimiento espontáneo tiene su razón de ser en la menor peligrosidad que denota el delincuente, al demostrar su capacidad de reintegrarse a la comunidad”*⁹⁹.

Pero dicha noción fue superada por el “arrepentimiento activo o eficaz” que no es más que el acto o conducta, del individuo, de reparar dentro de lo posible y en el mayor grado las repercusiones del delito que cometió. En concreto, ni el arrepentimiento ha de conformar la esfera de lo jurídicamente relevante, ni el valor expresivo exigible al comportamiento postdelictivo positivo queda subordinado a que el colaborador deje de ser quien fue, o a que reniegue de su valoración pasada de las circunstancias políticas o sociales que le llevaron a ingresar o a colaborar en ciertos hechos¹⁰⁰.

Para finalizar, creemos necesario que los requisitos que se exigen solo produzcan efectos de forma extrínseca, puesto que de tal forma no promueve pesquisas de tal envergadura que, en lugar de aportar, complejice la labor judicial, porque como sabemos el ámbito subjetivo es indeterminado.

A su vez, -como vimos en el apartado, ¿la pena natural conlleva en cierto grado un comportamiento postdelictivo?- toda conducta postdelictiva positiva denota un grado de remordimiento, materializado en el arrepentimiento, es decir, al verificarse este “arrepentimiento eficaz” toman cuerpo tanto el desistimiento en la tentativa, el

⁹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús, M. Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal. Barcelona, España. UNED. 2002, Página 83, Disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/download/24808/19667>

⁹⁸ CALDERÓN SUSIN, Eduardo. (1990). *“Arrepentimiento espontáneo. (Estudio del artículo 9. 9.º del Código Penal)”*. Edt. Edersa. Madrid. Página 299.

⁹⁹ CALDERÓN SUSIN. Op.Cit., pág. 261.

¹⁰⁰ GARRO CARRERA, Enara. (2013). «Comportamiento postdelictivo positivo y delincuencia asociativa». *InDret*, [en línea]. Núm. 1, <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/262227> [Consulta: 8-08-2021].

otorgar información, el entregarse voluntariamente, el querer poder reparar el daño, en otras palabras, y para responder una de las preguntas antes hecha, si no se comprueba este arrepentimiento -al menos judicialmente- no pueden proseguir las demás actuaciones.

Por cierto, indudablemente existirán casos en que habrá colaboración, reparación, entre otras conductas positivas, en que el imputado conoce que si las realiza tendrá ciertos beneficios, pero a nuestro parecer esto no es algo negativo, puesto que facilita el quehacer judicial y policial, no obstante, en esa conducta también coexiste un arrepentimiento, puesto que, si a esa persona le diera lo mismo lo que realizó, en definitiva, no colabora, no repara, no confiesa.

2.3 COLABORACIÓN CON LA JUSTICIA

Es conocido que la confesión de la conducta delictiva actúa en la praxis procesal como un elemento sumamente importante, y encumbrado a establecer la realidad del acto delictivo, constituyendo así una de las pruebas más valorizadas. De lo anterior, se considera que la confesión es la declaración del acusado en un sentido amplio, por la cual narra o reconoce ser el autor, cómplice o encubridor de uno o más hechos que la normativa penal describe como delito¹⁰¹.

En Chile se puede asentar que su expresión más clara está en el artículo 11 numeral 9 del Código Penal, que establece la atenuante de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, que bien señala MAÑALICH, debe ser una “*contribución probatoriamente relevante por parte del imputado*”¹⁰², y tal afirmación, es para tomar en consideración, puesto que si el imputado declara cosas que pueden descifrarse u obtenerse de la investigación en nada existe cooperación, sino más bien se aplicaría al relato conexo de los hechos, tanto de forma cronológica como de modo comprobable por la investigación, y peor aún si se entregan antecedentes falsos.

GARRIDO MONTT, en consonancia menciona que existen atenuantes en relación con el comportamiento posterior del sujeto activo del delito, y estas pueden en determinadas circunstancias, tener repercusión en la determinación de la pena que deberá aplicársele, pues el legislador valora su conducta en dos alternativas: cuando tiende a reparar el mal causado por el delito o impedir sus consecuencias y cuando facilita la acción de la justicia¹⁰³.

Inclusive en el plano nacional existe la figura de la colaboración eficaz como herramienta del Ministerio Público, el artículo 22 de la Ley 20.000 señala: “Será

¹⁰¹ PARRA QUIJANO, Jairo. (1992). Manual de Derecho Probatorio. Tercera edición. Bogotá. Ediciones Librería del Profesional. Página 180.

¹⁰² MAÑALICH, Juan. Pablo. (2015) “*El comportamiento supererogatorio del imputado como base de atenuación de responsabilidad*”, en 2015 Revista de Derecho Vol. XXVIII - Nº 2 - DICIEMBRE 2015 Páginas 227-250

¹⁰³ GARRIDO MONTT, Mario. (2005). *Derecho Penal Tomo I, Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, 3ª Edición, Santiago, 2005. ISBN 956-10-1189-1, Página 190 y siguientes.

circunstancia atenuante de responsabilidad penal la cooperación eficaz que conduzca al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables; o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en esta ley, (...)”.

En definitiva, los requisitos para que proceda el premio por el comportamiento postdelictivo positivo -y que en partida deben darse copulativamente-, serían: “i) *que el colaborador sea un imputado por alguno de los delitos de la Ley 20.000. ii) que el imputado colabore con la justicia proporcionando a sus agentes datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables por el Ministerio Público y iii) Los datos proporcionados deben haber propiciado ciertos fines”.*

Dicha cooperación eficaz, puede lograr una mayor eficacia en la investigación, una optimización de recursos humanos y económicos, permitiendo la sanción oportuna de los delitos tipificados bajo la Ley 20.000, que como conocemos profundiza un tema de suma importancia en la actualidad como el narcotráfico. Cuyo comportamiento -es decir el cooperar de forma eficaz- es una institución que brinda una doble naturaleza jurídica, por una parte, y como señalamos, constituye una herramienta con la cual cuenta el Ministerio Público y por otra, si cumple ciertos requisitos se vuelve una atenuante de responsabilidad penal.

En definitiva, como el mismo GARRIDO MONTT señala, los números 7, 8 y 9 del artículo 11, como circunstancias de atenuación de la responsabilidad penal, la reparación del mal, denunciarse y confesar el delito y confesar espontáneamente la responsabilidad que tiene en el hecho, siempre que se haga en las condiciones que se indicarán son circunstancias en relación con el comportamiento *post delictum*, y en concreto dicha conducta tiene repercusión desde el ámbito de la aminoración de la aflicción penal, puesto que constituyen circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal.

2.4 REPARACIÓN DEL DAÑO O PERJUICIO CAUSADO

En la segunda mitad del siglo XX se produjo el denominado movimiento de redescubrimiento de la víctima como orientación general destinada a reconstruir una base de protección del afectado por el hecho ilícito y, especialmente, a favorecer la reparación del propio acto delictual¹⁰⁴. Dicho lo anterior, en primer lugar, debemos establecer que se entiende por reparación.

En lo relativo al DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, en su primera acepción menciona que es arreglar algo que está roto o estropeado, en la segunda, enmendar, corregir o remediar, y en la última significación, que nos concierne a este trabajo es la de, desagraviar, satisfacer al ofendido. De allí que, en la generalidad cuando se habla de reparar el daño o perjuicio causado por un hecho ilícito se hace referencia a la reparación pecuniaria, que es en definitiva la indemnización de perjuicios.

¹⁰⁴ MUÑOZ CONDE, F. GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 9ª edición, ISBN 978-84-9119-056-1, página 633.

Lo anterior, hay que abordarlo desde el ámbito nacional, y este comportamiento postdelictivo está de manifiesto como atenuante en el artículo 9 numeral 7 de nuestro Código penal¹⁰⁵, en el cual se establece, que, si ha procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias, le favorecerá una atenuante de responsabilidad penal.

Una vez hecha una síntesis sucinta, es necesario mencionar, una destacada conclusión de GALAIN PALERMO, para establecer una base muy acorde de lo que actualmente engloba este tipo de comportamiento postdelictivo positivo. Esta señala que: *“Lamentablemente la doctrina es conteste en que si bien mucho se dice sobre la necesidad de un derecho penal que se oriente hacia la reparación del daño o que al menos intente resarcir a las víctimas del delito, poco y nada se hace en la práctica, como si todavía no fuese un tema de interés. Se sabe y se ha escrito sobre cuál es el camino a seguir, pero sólo ha habido una tímida decisión respecto a comenzar a andarlo. Al parecer no se asume la posibilidad de que el derecho penal abandone su filosofía represiva y pueda cumplir con fines constructivos, de auténtica pacificación social”*¹⁰⁶.

Lo anterior, ha sido tema de análisis por parte de la doctrina, existen quienes promueven este pensamiento sobre la reparación del daño, en consonancia con el auge experimentado por un “movimiento de reparación a la víctima” en la política criminal creciente¹⁰⁷. Hoy en día como bien señala MENDES DE CARVALHO lo que se debate, es si esta figura puede constituir una tercera consecuencia jurídico-penal del delito, junto a la pena propiamente tal y las medidas de seguridad, es decir que se constituya como tercera vía *“dritte Spur”*¹⁰⁸¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Como también se establece en otras legislaciones, entre ellas, el código penal de Brasil, en su artículo 66, numero III, letra B, el cual versa en español: Las circunstancias que atenúan siempre la pena son: III: que el agente: b) buscado, por voluntad propia y eficazmente, inmediatamente después del delito, para evitarlo o atenuar sus consecuencias, o haber reparado el daño antes de la sentencia. Además, el artículo 16 del mismo código señala: En delitos cometidos sin violencia o sin amenaza grave para la persona, el dañar o devolver la cosa, hasta recibir la denuncia o denuncia, por acto voluntario del agente, la sanción se reducirá de uno a dos tercios. Lo cual corresponde a una disminución obligatoria de la pena.

¹⁰⁶ GALAIN PALERMO, Pablo. *¿La reparación del daño como «tercera vía» punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin*. Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR, ISSN 1695-078X, N°. 3, 2005.

¹⁰⁷ Entre otros, FARALDO CABANA, P. *“La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento post delictivo positivo (los núm. 4º y 5º en relación con el núm. 6º del artículo 21 del Código Penal de 1995), en Anuario de la Facultad de Derecho da Universidad de Coruña*.

¹⁰⁸ Ver, «Proyecto alternativo sobre reparación penal. Proyecto de un grupo de trabajo de Profesores de Derecho Penal alemanes, austríacos y suizos», trad. Beatriz de la Gándara Vallejo, Ciedla, Konrad Adenauer Stiftung, 1998; JÜRGEN BAUMANN, „Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung. Arbeitskreis Deutscher, Österreichischer und Schweizerischer Strafrechtslehrer», Beck, München, 1992.

¹⁰⁹ MENDES DE CARVALHO, E., *Comportamiento postdelictivo y fines de la pena*. Op.Cit., pág. 144.

ROXIN precursor de esta idea, especifica que hay motivos convincentes que hablan en favor de una amplia inclusión de la reparación del daño en el Derecho Penal¹¹⁰, además de agregar: *“Investigaciones empíricas también han demostrado que tanto el lesionado como la comunidad otorgan nulo o escaso valor a un castigo adicional del autor ante la reparación del daño en la forma de una composición autor-víctima, en casos de pequeña o mediana criminalidad, (...) De ahí que, en casos que actualmente se castigan con una pequeña pena de multa, se podría prescindir de la pena cuando se produce una reparación total del daño; y en delitos más graves la reparación del daño podría originar de todos modos una remisión condicional de la pena o una atenuación obligatoria de la pena”*¹¹¹.

Claramente, esta reparación debe estar en márgenes o lineamientos para poder ser catalogada de tal modo que constituya una tercera vía, ante lo cual MARTÍNEZ RUIZ, cuestiona que las críticas a la tesis de ROXIN sean todo lo justas que debieran. En vista de cómo señaló el propio ROXIN, *“la pena es, por definición, algo distinto a la reparación”*¹¹².

Que, en definitiva, dejamos fuera la idea de que la reparación como tal es un comportamiento postdelictivo, y si se considera este como el elemento rudimentario, necesariamente se podría reconocer que de esa forma se daría lugar a la reafirmación del ordenamiento jurídico, puesto que es importante el reconocimiento (acto voluntario) del sujeto activo del hecho delictivo, y a la vez sujeto activo de la reparación que, en resumen, restauraría el sentimiento de confianza en la normativa penal¹¹³.

No obstante, lo anterior, creemos preciso referirse al caso de Bélgica, un país que encabeza la “justicia restaurativa”, siendo unos de los pocos países del mundo, donde está disponible para toda clase de delitos, así como para todas las etapas del proceso de justicia penal, tanto para menores como para adultos¹¹⁴. Dicha justicia restaurativa, puede señalarse como un movimiento social, una filosofía que recoge inquietudes muy diversas y que tiene que ver con la forma en que las sociedades reaccionan frente al delito, con cómo abordan la resolución de los conflictos, en concreto, por lo que aquí interesa, los conflictos de naturaleza penal; se trataría, pues, de una especie de

¹¹⁰ ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Editorial Thomson Cívitas, Madrid, ISBN: 84-470-0960-2, 2006, página 108 y siguientes.

¹¹¹ Ibidem.

¹¹² MARTÍNEZ RUIZ, op.cit., págs. 40 y siguientes.

¹¹³ MENDES DE CARVALHO, E. *Comportamientos postdelictivos y fines de la pena*, Op.cit pág. 146.

¹¹⁴ De hecho, EURO social (*programa para la cohesión social, financiado por la unión europea*) en el año 2018 contribuyó a la modernización del sistema de justicia penal juvenil chileno por medio del mejoramiento del acceso a la justicia de los y las adolescentes y jóvenes, y la incorporación de la mediación penal restaurativa. Véase en <http://www.facso.uchile.cl/noticias/138728/reflexiones-de-la-justicia-restaurativa-sobre-el-sistema-penal-juvenil>

programa político-criminal¹¹⁵. Y en la misma lógica, la justicia restaurativa como ente implica repensar los fines del sistema penal como el que se plantea en este epígrafe, si es que la reparación es una tercera vía distinta a la pena, y a las medidas de seguridad, constituyendo una unidad propia, que supera las actuales discusiones, y aminore las consecuencias de los propios hechos delictivos.

Por nuestra parte, creemos ya establecidos los lineamientos de la discusión, en la cual vemos avances sobre todo en el ámbito Europeo, incluso con el tratamiento de la mediación penal¹¹⁶, y en definitiva nuestro país va quedando muy atrás en esta discusión, que en el porvenir del futuro será sumamente analizada en el ámbito Latinoamericano.

¹¹⁵ MARTÍNEZ, ESCAMILLA. M, SÁNCHEZ, ÁLVAREZ. M. (Cords.) *“Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso”*. 1.ª edición REUS, S.A., 2011 ISBN: 978-84-290-1681-9. página 20.

¹¹⁶ Expresión utilizada para el encuentro entre víctima y autor del delito, que tiene lugar con el fin de que ambas partes, a través del diálogo, lleguen a un acuerdo sobre cómo reparar el daño inferido y resolver el conflicto.

CAPITULO V

CONSIDERACIONES DE LEGE FERENDA

En cuanto a las observaciones generales, inicialmente es inevitable mencionar que existen problemas hermenéuticos en torno a una interpretación favorable de estos institutos, es decir tanto de la pena natural como de los comportamientos postdelictivos positivos, y a la vez un problema de lege ferenda.

Puesto que de manera insoslayable se ha demostrado en lo que va del trabajo, que el legislador no trata, ni plantea algo sobre las materias -aparte de las circunstancias de modificación de responsabilidad penal-, es decir omite las repercusiones favorables que podría tener la posible implementación de estos, en el ordenamiento jurídico actual.

En el porvenir de los últimos años hemos observado de forma desconcertada, y a la vez desafiante del desarrollo, y simultáneamente del crecimiento de las nuevas figuras penales, de las leyes penales en blanco, en fin, de lo que se denomina peligro de hipertrofia de la norma penal, que constituye una amenaza a los fines y funciones esenciales del ordenamiento punitivo.

Y como bien señala COSCIA, más allá de la teoría que utilicemos para justificar la imposición de la pena estatal (...) la sanción no puede abandonar carriles de racionalidad y necesidad¹¹⁷. Por lo mismo a nuestro parecer, hoy en la actualidad que vivimos es necesario establecer la figura de pena natural, ya sea *prima facie*, en su vertiente de causal para la procedencia del principio de oportunidad, como es el caso Colombiano, Boliviano y Costarricense, entre otros.

Dicha figura establecida en nuestra normativa responderá a casos extremos, y precisos, que actualmente no son recogidos por la normativa, como el caso que mencionamos de la Madre que viajaba junto a su hija, que pierde el control de su vehículo, colisiona, y producto de aquel accidente, fallece su hija, ante lo cual el Ministerio Público busca que se le condene por este caso, omitiendo el sufrimiento ya producido por el propio acto.

Lo anterior, escapa de toda lógica en relación con el principio de proporcionalidad o el de necesidad, respondiendo negativamente ante, estas nuevas variantes del Derecho Penal, siendo estas acordes a los principios de un Estado de Derecho como el nuestro.

Este tipo de casos sin duda podrían tener un desenlace, y resolución racional acorde a la necesidad del caso, si nuestro actual principio de oportunidad contemplara tal figura.

¹¹⁷ COSCIA, Orlando, “*Poena naturalis versus pretensión estatal*”, Revista Jurídica de LexJuris, vol. I, N°1. (2000), disponible en: <http://www.lexjuris.com/revista/opcion1/2000/lexpoena.htm>

En consecuencia, es necesario volver a recordar a Politoff, quien bien señalaba, “¿qué puede añadir de razonable en estos casos el derecho penal?”.

La aminoración de la aflicción penal también se vería reflejada por consignar la pena natural como medida de atenuación de la responsabilidad penal, como pasa en el sistema penal Nicaragüense, pero a la vez esto sería siempre, y cuando se consagren límites y no contenido meramente abstracto.

El estudio realizado no parte de un modelo ideal, sino de uno que se contrasta en la realidad, considerando situaciones que, aunque lejanas, se dan, y no existe una respuesta correcta por parte de nuestra normativa.

En relación a los comportamientos postdelictivos positivos, de lo expuesto sobre estos, cabe deducir -y, desde luego, así se puede comprobar- que el legislador los aborda como circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, en la modalidad de atenuante, e inclusive contempla sin denominar comportamiento postdelictivo positivo, figuras especiales como la cooperación eficaz a la luz de la Ley 20.000, que abarca un cierto número de conductas postdelictivas -de signo positivo-, sin embargo, en definitiva no apunta a la génesis de la cuestión, que es, como estos comportamientos postdelictivos pueden lograr un desenlace práctico y efectivo, en beneficio tanto de la propia víctima, como del individuo que llevó a cabo el acto ilícito.

Lo precedente, en relación con que parte de la doctrina los considera elementos de la nueva “justicia restaurativa”, en tal caso estos deben ir en ese sendero, es decir, modernizarse y procurar a la reparación del daño.

Digno de mención, respecto de esta visión de lege ferenda, es establecer que detrás, tanto de la pena natural como de la conducta postdelictiva positiva existe una afectación que provoca que el actor abandone, es decir, cese de aportar a los actos ilícitos, puesto que, en definitiva, detiene los actos, y con ello da cumplimiento a una estructura similar al desistimiento.

Para finalizar, estamos viviendo cambios de orientación de la política criminal, como señala KÜNSEMÜLLER, impulsados por dos factores principales, la crisis de la pena privativa de libertad, unida a la nueva visión de preocupación que se tiene hacia la víctima¹¹⁸.

El mismo autor aborda el planteamiento de incorporar en el sistema sancionador la reparación, como un fin punitivo autónomo, es decir la tercera vía que señalamos anteriormente, apoyando la moción debido a la escasa eficacia del sistema punitivo actual, y la necesidad de reintegrar a la víctima al sistema penal de una forma distinta a la comprendida actualmente, pero por cierto con un rol diferenciador.

¹¹⁸ KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, C. (2018). *La reparación del mal causado a la víctima del delito*. Revista de Derecho y ciencias penales, N°12 (87-111), Universidad San Sebastián, Chile.

La proporcionalidad de la reacción penal es, precisamente, una de las pautas que aborda dicha propuesta de lege ferenda, que se traduce en simples términos, en que la reparación constituya una nueva vía del Derecho, puesto que el sistema penitenciario no ha dado el ancho, en el poder corregir al condenado, siendo inclusive un tema sumamente abordado en el derecho comparado en el área juvenil¹¹⁹.

De ahí que, la discusión sobre la posibilidad de la sanción no custodiada sea un tema de interés, puesto que existen casos en que no se le valora la percepción que tiene la propia víctima frente a la sanción, siendo posible que la reparación sea un elemento para reflexionar, y barajar, es decir, incluir en la concepción de las sanciones penales la perspectiva del afectado por el hecho, y orientar al delincuente a una actividad constructiva, y en definitiva reparar el daño causado¹²⁰.

La principal finalidad está en lograr un balance, y por medio de estas prácticas, humanizar un poco el sistema penal de justicia, otorgándole mediante esa “paz”, más protagonismo a la propia víctima.

Ejemplo de la justicia restaurativa es la mediación penal, que en Chile se realiza ya sea por medio de acuerdos reparatorios, la suspensión condicional del procedimiento; en fin, las tradicionales vías, no siendo correspondiente del todo hacia la noción original de la mediación penal como tal, puesto que existe otra figura en el plano nacional mucho más acorde a lo que se entiende por mediación penal, y es lo que ocurre en el proceso de familia¹²¹.

En cambio, la regulación Española sobre la mediación penal, empieza desde el año 2015, puesto que está solo estaba prevista en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, permitiendo sobreseer el expediente por conciliación entre el menor y la víctima. Pero esto cambia con la reforma de julio de 2015, ya que en la actualidad el artículo 84.1 del Código Penal Español, menciona lo

¹¹⁹ DE VICENTE REMESAL, Javier, "La consideración de la víctima a través de la reparación del daño en el derecho penal español: posibilidades actuales y perspectivas de futuro", en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, Ed. Bosch, Barcelona, 1997. En el mismo sentido, MAPELLI CAFFARENA, Borja, TERRADILLOS BASOCO, Juan, Las consecuencias jurídicas del delito, 3ra edición, Ed. Cívitas, Madrid, 1996, p. 237; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la Victimología dogmática", en Criminología y derecho penal al servicio de la persona. Homenaje a Beristain, San Sebastián, 1989, páginas 633 y siguientes.

¹²⁰ HUBER, Bárbara. *Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad* (Sobre la discusión en torno a las penas ambulatorias y de contenido comunitario). Traducción de Patricia Lorenzo Copello. Texto de la conferencia pronunciada por la autora en la Facultad de Derecho de Huelva, Jerez de la Frontera y Málaga en noviembre de 1993.

¹²¹ Véase el artículo 103 de la ley 19.968 que establece la mediación en ámbito de familia. Para los efectos de esta ley, se entiende por mediación aquel sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos.

siguiente: *El juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas: 1. El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación (...)*”. Para complementar, aludiremos a un caso más cercano, el Código de Procedimiento Penal Colombiano, contempla un capítulo completo en torno a la justicia restaurativa, contemplando el concepto de mediación en el artículo 523, el cual versa: *“Mediación es un mecanismo por medio del cual un tercero neutral, particular o servidor público designado por el Fiscal General de la Nación o su delegado, conforme con el manual que se expida para la materia, trata de permitir el intercambio de opiniones entre víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta. La mediación podrá referirse a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la comunidad; o pedimento de disculpas o perdón”*. Reglón seguido, en el artículo 524 establece detalles para su procedencia, indicando: *“La mediación procede desde la formulación de la imputación y hasta antes del inicio del juicio oral para los delitos perseguibles de oficio cuyo mínimo de pena no exceda de cinco (5) años de prisión, siempre y cuando el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado, y víctima, imputado o acusado acepten expresa y voluntariamente someter su caso a una solución de justicia restaurativa. En los delitos con pena superior a cinco (5) años la mediación será considerada para otorgar algunos beneficios durante el trámite de la actuación, o relacionados con la dosificación de la pena, o el purgamiento de la sanción”*.

Queda demostrado, que la mediación penal, constituye un mecanismo alternativo al proceso penal, pero es necesario hacer hincapié, y como bien señala CUÉLLAR, la predisposición a la posibilidad de que se inicie la derivación a la mediación, y el interés por el seguimiento y posible conclusión satisfactoria de la misma, no será una cuestión que creemos pueda venir predeterminada por determinadas circunstancias preexistentes, sino que muy probablemente será algo que dependerá de cada víctima y de cada caso concreto, y de las expectativas y pretensiones en cada momento¹²².

¹²² CUÉLLAR OTÓN, P. (2020). Justicia Restaurativa y mediación penal. La necesidad de eliminar barreras. Revista de Mediación, 13 (2), e13.

CONCLUSIONES

Como modo de concluir este trabajo, será repasada la intención principal de este, consistente en demostrar la posible aminoración de la aflicción penal por la vía de la pena natural y los comportamientos postdelictivos positivos.

En el desarrollo de este trabajo hemos pretendido realizar algo más que una simple revisión de dichas instituciones, intentando posicionar un planteamiento para su posible recepción legal en nuestro país. Así las cosas, a razón de todo lo señalado, resulta posible extraer las siguientes conclusiones:

1. La pena natural, no es un tema original o nuevo, sino que arranca desde los contractualistas, y en definitiva es aquel mal grave que el agente sufre en la comisión del injusto con motivo de este, pues de aplicarse la pena estatal sin referencia al daño, la reacción penal alcanzaría un quántum que simplemente excedería, ya sea el principio de proporcionalidad entre delito y pena, el principio de humanidad, y que también extremaría la irracionalidad del poder punitivo, pues llevaría hasta el máximo la insensatez, ya que no habría una respuesta acorde a los casos.
2. En Chile se evidencia la inexistencia de la institución, debido a que no se evidencia consagración legal tácita de la pena natural, es decir no existe precepto que puntualice, y defina que constituye la pena natural. Con respecto a la jurisprudencia estudiada se acude a esta noción básicamente solo de forma doctrinaria, dejando la resolución a criterios propios de los Tribunales de Justicia, siendo algo equívoco, puesto que es susceptible de recurrir a esta decisión, gracias al propio vacío que existe, con relación a tal figura.
3. Que, por consiguiente, la poena naturalis no es una figura ajena al sistema, y de hecho ya se consagra en legislaciones comparadas, puesto que este fenómeno se ha abierto camino en el actual sistema de derecho penal internacional, y por qué no, podría llevarse a cabo en nuestro país, si se evidencia la aminoración de la aflicción penal con la aplicación de esta institución jurídica.
4. En cuanto a los comportamientos postdelictivos positivos, en definitiva, el comportamiento voluntario positivo posterior al delito. Bastante se discute en relación si es que debe considerarse como una causa de levantamiento de la pena o, si, por el contrario, constituye simplemente una excusa absolutoria. Pero, en resumen, a través de estos comportamientos postdelictivo, se evidencia lo irrelevante de la prevención general, puesto que hacen que la imposición de pena ya no tenga sentido, volviéndola innecesaria.
5. Que, por tanto, la conducta postdelictiva positiva respalda la consolidación del Ordenamiento jurídico, puesto que hace patente la menor necesidad de

sanción estatal desde el punto de vista de la prevención especial, siempre que sean voluntarias, y eficaces.

6. Por cierto, que en nuestro país encontramos estos tipos de comportamientos en las denominadas atenuantes de responsabilidad penal, sin embargo, obviamos algunas de suma importancia, como esbozar la reparación del mal causado como algo más que una atenuante.
7. Por ende, se plantea en el trabajo el considerar la reparación como una tercera vía del Derecho Penal, puesto que se analiza la posibilidad de la incorporación de la reparación, como otra alternativa a la pena, y a las medidas de seguridad. En el “common law” existe avance en el ámbito de la investigación, pero en Chile existe un vacío doctrinal entorno a este tema.
8. De ahí que el establecer esta tercera vía, sustituiría a la pena o la atenuaría, y es ahí donde se satisface los propios fines de la pena y las necesidades de la víctima, siendo mejor que la que puede imponérsele.
9. En todo caso, esto no quiere decir que, en casos de mayor relevancia, y gravedad, la pena o las medidas de seguridad no tengan injerencia o importancia, -claro que no- sino que sería un complemento a estos.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ALEXY, Robert, *“Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”*, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 66, 2002.

ALEXY, Robert. *“Teoría de los Derechos fundamentales”*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, (1985), 2012.

ARMIJO LOBOS, René; Neira Hurtado, Andrés. (2004). *“El arrepentido colaborador con la justicia”*, Memoria de prueba para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile.

BARNES, Javier. *“El principio de proporcionalidad”*. Estudio preliminar. En: *“Cuadernos de Derecho Público”*, n° 5, 1998.

BERNAL, P, Carlos, *“El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”*, *El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, cuarta edición actualizada, ISBN 978-958-772-088-4.

BOBADILLA BARRA, Carlos. *“La pena natural: fundamentos, límites y posible aplicación en el derecho chileno”*. Polít. crim. [online]. 2016, vol.11, n.22 [citado 2021-06-27].

BUSTOS RUBIO, Miguel. *“El desistimiento de la tentativa como forma de comportamiento postdelictivo: Naturaleza y fundamento”*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2017, núm. 19-08, pp. 1-32. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-08.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 19-08 (2017), 23 jul]

CALDERÓN SUSIN, Eduardo; *“Arrepentimiento espontáneo. (Estudio del artículo 9. 9.º del Código Penal)”*. Edt. Edersa. Madrid, 1990.

CARVALHO, M. Érika, *“Comportamiento postdelictivos y fines de la pena”*, 1.ª edición, ARA editores, 2008, ISBN: 978-9972-238-29-1.

CARVALHO, M. Érika, *“Punibilidad y delito”*, 1.ª edición REUS, S.A. 2007. ISBN: 978-84-290-1481-5.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “*Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales*”. Editorial Grigley. Lima, Perú, 2008.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “*Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad*”. Gaceta constitucional: jurisprudencia de observancia obligatoria para abogados y jueces, (8), 2008.

CASTILLO, Juan Pablo. “*Ecensión a Paul Johann Anselm Ritter Von Feuerbach, Anti-Hobbes. O sobre los límites del poder supremo y El derecho de coacción del ciudadano Contra el soberano*”. Cuadernos de política criminal, Numero 105, III, Época II, diciembre 2011. ISSN: 0210-4059

CHAGUAN, Sabas, *Manual del nuevo procedimiento penal*, 7ª edición, Santiago de Chile: Lexis Nexis, 2012.

CHOCLÁN MONTALVO, José, A. “*La pena natural*” La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, año XX, N° 4797, Madrid, 1999.

COSCIA, Orlando, “*Poenas naturalis versus pretensión estatal*”, Revista Jurídica de LexJuris, vol. I, N°1. (2000), disponible en: <http://www.lexjuris.com/revista/opcion1/2000/lexpoena.htm>

CUÉLLAR OTÓN, P. (2020). Justicia Restaurativa y mediación penal. La necesidad de eliminar barreras. Revista de Mediación, 13 (2), e13.

CURY, Enrique, “*Derecho Penal, Parte General*”, Tercera edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005.

DE VICENTE REMESAL, J. “*El comportamiento postdelictivo*”. Edit. Universidad de León. León, 1985.

DURAN MIGLIARDI, Mario. “*Justificación y legitimación político-criminal de la pena*”: Concepto, criterios y orientaciones en la actual jurisprudencia nacional. Política criminal, 4 (8). <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992009000200001>

FARALDO, C, Patricia, “*La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento postdelictivo positivo*” (los núm. 4º y 5º en relación con el núm. 6º del artículo 21 del Código penal de 1995”), Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 1997.

FARALDO, C, Patricia. “*Las causas de levantamiento de la pena*”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, ISBN: 9788484420798.

FERNÁNDEZ NIETO, Josefa. “*El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una visión desde el sistema europeo*”. Editorial Dykinson. Madrid 2009.

FINOCCHIARO, Enzo, “*La pena natural. Breves consideraciones*”, Revista de derecho penal y criminología, N° 5 (2012).

GALAIN PALERMO, Pablo, “*La reparación del daño a la víctima del delito*”, Editorial Tirant lo Blanch, 2010, Valencia, España, ISBN:9788498769487.

GALAIN PALERMO, Pablo. *¿La reparación del daño como «tercera vía» punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin.* Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR, ISSN 1695-078X, N°. 3, 2005.

GALLARDO ROSADO, Maydelí, “*El principio de oportunidad en la reforma procesal penal*”, Serie Juicios Orales, número 13, México, 2013, sitio de internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3604/10.pdf> .

GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal Tomo I, Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, 3ª Edición, Santiago, 2005. ISBN 956-10-1189-1.

GARRO CARRERA, Enara. «*Comportamiento postdelictivo positivo y delincuencia asociativa*». *InDret*, [en línea], 2013, Núm. 1, <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/262227> [Consulta: 8-08-2021].

HEGEL, G.W.F., “*Filosofía del Derecho*”, México, 1975, cfr.

HOBBS, Thomas, “*El Leviatán*”, 2ª edición, SÁNCHEZ SARTO, Manuel (Trad.), Argentina: Fondo de Cultura Económica, 1980.

HÖRNLE, Tatiana. “*Determinación de la pena y culpabilidad*”. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania, Ed, Fabián J. de Placido. 2003.

HORVITZ LENNON, María Inés, LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal chileno*, tomo I, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003.

HORVITZ LENNON, María Inés, LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal chileno*, tomo II, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, SBN 956-10-1584-6, 2004.

HUBER, Bárbara. *Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad* (Sobre la discusión en tomo a las penas ambulatorias y de contenido comunitario). Traducción de Patricia Laurenzo Copello. Texto de la conferencia pronunciada por la autora en la Facultades Derecho de Huelva, Jerez de la Frontera y Málaga en noviembre de 1993.

JAKOBS, G. CANCIO, M. “*Derecho penal del enemigo*”. Thomson Civitas ediciones, ISBN 84-470-2063-0, Madrid, España, 2013.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, “*La ley y el delito, Principios de Derecho Penal*”, Tercera edición, Abeledo- Perrot Editorial Sudamericana, Buenos Aires, Argentina, I.S.B.N.: 950-20-0536-6, 1959.

KANT, Immanuel, “*Das Strafgesetz ist ein kategorischer Imperativ*”, MdS, cit. (n. 5).

KANT, Immanuel, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, trad. CÓRDOVA, Arnaldo, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1978.

KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, C. (2018). *La reparación del mal causado a la víctima del delito*. Revista de Derecho y ciencias penales, N°12 (87-111), Universidad San Sebastián, Chile.

MAÑALICH, JUAN PABLO, “*El principio ne bis in idem en el derecho penal chileno*”, en REJ – Revista de Estudios de la Justicia – N° 15 – Año 2011.

MAÑALICH, Juan. Pablo. (2015) “*El comportamiento supererogatorio del imputado como base de atenuación de responsabilidad*”, en 2015 Revista de Derecho Vol. XXVIII - N° 2.

MAPELLI, C, Borja, “*Las consecuencias jurídicas del delito*”, Cuarta edición, Navarra: Editorial Aranzadi 2005.

MARTÍNEZ RUÍZ, J., “*La reparación del perjuicio como comportamiento post delictivo positivo como instrumento de política criminal*”, Colección “Monografías de Derecho Penal”, Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 – 28015, Madrid, ISBN: 978-84-9148-454-7, 2017.

MARTÍNEZ, ESCAMILLA. M, SÁNCHEZ, ÁLVAREZ. M. (Coords.) “*Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*”. 1.ª edición REUS, S.A., 2011 ISBN: 978-84-290-1681-9.

MORENO YANES, Grace. E. “*La Pena Natural Como Criterio De Oportunidad: Un Freno Al Expansionismo Penal*”. Revista Iuris, 2 (17), 2019. Recuperado a partir de <https://publicaciones.ucuenca.edu.ec/ojs/index.php/iuris/article/view/2957>

MUÑOZ CONDE, F. **GARCÍA ARÁN**, M. *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 9ª edición, ISBN 978-84-9119-056-1.

MUÑOZ, Jesús, “*a grandes males... (o de la colaboración con la justicia en la criminalidad organizada)*”, Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad, ISSN: 2531-1565, 2019.

NAGLER, Johannes, *Die Strafe. Eine juristische-empirische Untersuchung*, Aalen: Scientia Verlag, 1970 (reimpresión de la edición de Leipzig, 1918), cfr.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “*Derechos fundamentales y garantías constitucionales*”, Santiago, Librotecnia, Tomos I y II, 2008.

NOVOA, Eduardo, “*Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General*”, II, Tercera edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Tercera edición. Bogotá. Ediciones Librería del Profesional. 1992.

PERDONO TORRES, Jorge Fernando, “*Legitimación penal de la coexistencia de los principios de legalidad y oportunidad*”, en [Cuadernos de Política Criminal: 94, I, 2008] [Madrid: Dykinson, 2008.] - Permalink: <http://digital.casalini.it/2944466>

POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. *Los actos preparatorios del delito Tentativa y Frustración, El Iter criminis*, 1ª edición, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, 1999. ISBN 9789561012585,

POZUELO, PÉREZ. Laura. *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva: Un estudio acerca de fundamento y ubicación sistemática*. Editorial Tirant lo Blanch, 2003, Valencia, España ISBN: 9788484428640,

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, 1982, “*Acto, resultado y proporcionalidad*”. En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XXXV, Fasc. II, Mayo- Agosto.

RIVACOBA, Manuel, “*Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la teoría general del delito*”, Ponencia presentada al Encuentro internacional de

penalistas celebrado en la Universidad de Córdoba (España) en 1988, Vol. 2, ISBN 84-362-2477-9, 1989.

ROXIN, Claus, "*Transformaciones de la Teoría de los fines de la pena*", en "*Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales*", Libro Homenaje al profesor Claus Roxin, 1.^a edición., Lerner, Córdoba, Argentina, ISBN: 950-528-048-8, 2001.

ROXIN, Claus, "*Prevención y determinación de la pena*", traducción de **MUÑOZ CONDE**, 1979.

Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Editorial Thomson Cívitas, Madrid, ISBN: 84-470-0960-2, 2006.

ROXIN, Claus. "*Fundamentos Político-criminales del Derecho Penal*", primera edición, Buenos Aires: Hammurabi, 978-950-741-350-6, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, "*Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*", 2018, primera edición, Editorial Atelier. ISBN: 978-84-1746-602-2.

SILVA SÁNCHEZ, J., "*Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito*". En: El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús, M. "*¿Puede considerarse el remordimiento una 'poena naturalis'?*" en **SILVA SÁNCHEZ**, Jesús, M. *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, Buenos Aires, B de F editores, 2015.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús, M. "*La expansión del derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*", Montevideo, Uruguay, editorial B de F, I.S.B.N.: 9974-578-63-9, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús, M. Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal. Barcelona, España. UNED. 2002. Disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/download/24808/19667>

VAN WEEZEL, Alex. "*Determinación de la pena exacta: el artículo 69 del Código Penal*", en Universidad de Talca. Ius et Praxis. Derecho en la Región. Año 7 N.º 2, 2001.

VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho penal, Tomo III*, (traducción de la 20ª edición alemana por: Jiménez de Asúa, L.; adicionado con el Derecho penal español por: Quintiliano Saldaña), Editorial Reus, 2ª edición, Madrid, 1929.

VON LISZT, Franz, “*Tratado de Derecho Penal*”, Tomo I, citado por CURY, Enrique, “*Derecho penal*”, Parte general, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, Segunda edición, 1994.

ZAFFARONI, E. R., ALAGIA A. y SLOKAR, A. “*Derecho penal. Parte general*”, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2002, 2º edición.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

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

Causa Ruc N° 2001083634-5, Rit N° 9009-2020 del Juzgado de Garantía de Copiapó, Chile, por el delito de conducción en estado de ebriedad con o sin daños o lesiones leves, contra salud pública. arts. 313 d al 315 y art. 317.

Causa Ruc N° 1510022971-1, RIT O-170 – 2018, Del Tribunal De Juicio Oral En Lo Penal De Arica.

Corte de Apelaciones de Arica, causa Rol N° 326-2019.

Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal, República de Colombia, SP3070-2019, radicación N.º. 52750, Bogotá, D.C, seis de agosto de dos mil diecinueve.
[https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1sep2019/SP3070-2019\(52750\)](https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1sep2019/SP3070-2019(52750)).

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, causa RIT N° 170-2018.