



UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**LA PENA NATURAL ENTRE LA SUERTE Y EL MERECEIMIENTO: UNA  
PROPUESTA DE RECONSTRUCCIÓN DESDE EL PRINCIPIO DE JUSTICIA  
PUNITIVA**

Memoria de prueba para optar al grado de licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

RAFAELA AMANDA CORREA DEISLER

19.842.187-1

Profesor Guía: DR. JUAN PABLO MAÑALICH RAFFO

Santiago, Chile

2020



La elaboración del presente trabajo se enmarca en el desarrollo del Proyecto Fondecyt Regular N° 1200235, “Azar, control y responsabilidad”, dirigido por el profesor Dr. Juan Pablo Mañalich. Quisiera agradecer muy sinceramente al profesor, tanto por la oportunidad de participar en este proyecto, como por su invaluable guía y apoyo en el proceso.



*A Claraso*



## CONTENIDO

RESUMEN .....	ix
INTRODUCCIÓN .....	1
<b>I. SUERTE Y MERECEIMIENTO .....</b>	<b>4</b>
<b>1. APROXIMACIONES AL PROBLEMA DE LA SUERTE MORAL.....</b>	<b>4</b>
1.1. Inauguración del debate .....	4
1.2. Prácticas y contraintuitividad.....	6
1.3. Posiciones frente al problema .....	8
<b>2. LA SUERTE EN LAS CONSECUENCIAS.....</b>	<b>9</b>
2.1. Manifestaciones de la incidencia de la suerte .....	9
2.2. Control, acciones y agentes .....	11
2.3. ¿Relevancia del resultado? .....	13
<b>3. PENA, SUERTE Y MERECEIMIENTO .....</b>	<b>17</b>
3.1. Loterías naturales, sociales y penales .....	17
3.2. Preámbulo al merecimiento y la retribución .....	22
3.3. Suerte y castigo: el giro normativo.....	24
<b>4. ¿<i>POENA NATURALIS</i> COMO (MALA) SUERTE? .....</b>	<b>25</b>
4.1. Algunas nociones sobre la <i>poena naturalis</i> .....	25
4.2. Auto-menoscabo como resultado.....	26
4.3. ¿Suerte o merecimiento? .....	28
<b>II. LA PENA NATURAL COMO PARADOJA.....</b>	<b>29</b>
<b>1. CONCEPTO Y FENOMENOLOGÍA DE LA PENA NATURAL .....</b>	<b>29</b>
1.1. La pena natural como fenómeno.....	29
1.2. Dos interpretaciones .....	33
1.3. Raíces del dilema definicional.....	35
<b>2. LA TENSION ENTRE GRACIA Y JUSTICIA .....</b>	<b>36</b>

2.1. La paradoja de la gracia .....	36
2.2. La clemencia como forma de gracia .....	39
2.3. La paradoja de la clemencia entre el derecho y la moral.....	43
2.4. ¿La pena natural como paradoja? .....	46
<b>3. HACIA LA REALIZACIÓN DE LA JUSTICIA PUNITIVA .....</b>	<b>49</b>
3.1. Irrogación de mal y expresión de reproche.....	49
3.2. Incorrección moral como estándar de justicia retributiva .....	51
3.3. El giro semántico: la función expresiva de la pena.....	53
3.4. Comunicación y reconocimiento .....	57
<b>III. RECONOCIMIENTO Y RESIGNIFICACIÓN NORMATIVA .....</b>	<b>61</b>
1. <b>RECAPITULACIÓN: EL DERECHO COMO EL REY MIDAS .....</b>	<b>61</b>
2. <b>¿SUPERACIÓN DEL PASADO? .....</b>	<b>62</b>
2.1. La pena como respuesta merecida al hecho delictivo.....	62
2.2. Consideraciones acerca de la retrospectividad y la prospectividad .....	63
3. <b>LA PENA NATURAL DESDE EL MERECEIMIENTO .....</b>	<b>65</b>
3.1. La pena natural como pena: presupuestos de la equivalencia funcional.....	65
3.2. Exceso punitivo y principio <i>ne bis in ídem</i> .....	67
3.3. Posibilidades de acepción en el derecho chileno vigente.....	68
3.4. Desafíos y consideraciones de <i>lege ferenda</i> .....	73
3.5. Neutralización (normativa) de la suerte .....	76
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>79</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA CITADA .....</b>	<b>81</b>
<b>JURISPRUDENCIA NACIONAL .....</b>	<b>86</b>
<b>JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL .....</b>	<b>86</b>
<b>NORMAS CITADAS.....</b>	<b>87</b>



## RESUMEN

El presente trabajo busca indagar en torno a los problemas que suscita el fundamento y operatividad de la así llamada *poena naturalis*. Respecto a los problemas de su fundamentación, se propondrá una distinción entre una noción fenoménica y funcional de pena natural, los cuales se conectan respectivamente con los principios de clemencia, por un lado, y de justicia punitiva, por otro. En relación a su operatividad, se analizará el rendimiento y las consecuencias que tiene la adopción de un principio u otro, estableciendo en este segundo nivel una conexión con el ámbito de la suerte moral y jurídica, en particular en su contraposición con la noción de merecimiento. Por último, a través de la revisión de algunas decisiones judiciales recientes y teniendo a la vista las normas de *lege lata*, se esbozarán algunos elementos para la acepción de la pena natural como un equivalente funcional de la pena estatal, los que así mismo fungirán como consideraciones relevantes para una eventual propuesta de *lege ferenda*.



## INTRODUCCIÓN

Con fecha 19 de junio de 2019, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la ciudad de Arica decidió absolver a la autora de un delito de homicidio consumado en estado de ebriedad con resultado de muerte. La persona a la que dio muerte la autora fue a su hija, a quien fue a buscar después de una fiesta previo al choque. Dicha circunstancia de haber dado muerte a su propia hija, por significar un padecimiento constante en la madre, justifica para el Tribunal la decisión de absolución, por haber cumplido la autora una “pena natural”.

Lo que se entiende por pena natural en esa decisión judicial por el tribunal, consiste en “casos sumamente crudos y estremecedores, el padre que conduciendo su vehículo en carretera, se desvía por el sueño impactando contra un muro, o volcándose, muriendo en el acto toda su familia, salvo él, o bien, el del sujeto que al intentar robar una especie resulta con sus extremidades superiores mutiladas”.<sup>1</sup> Ahora bien, como bien señala el tribunal en la fundamentación de esta sentencia, la pena natural es una institución que “no encuentra un reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento jurídico, su conceptualización, características y efectos han sido ampliamente discutidos por la doctrina, y pese a no existir consenso respecto a cuál debiese ser su correcto tratamiento y recepción a nivel del derecho interno, proponiéndose soluciones que se encaminan en líneas diversas”.<sup>2</sup>

De esta forma, en este trabajo, además de tratar el desafío que esta institución representa en el nivel de su operatividad, ya sea en términos de su reconocimiento legislativo o judicial, se ocupará también de que dicha dificultad se halla íntimamente vinculada a los problemas que dicen relación con su fundamentación. En esta línea, pretendo analizar a la pena natural teniendo en cuenta estas dos dimensiones, a saber, de fundamentación y operatividad, por la vía de explorar las conexiones existentes entre esta y otros dos ámbitos de discusión: primero, con el problema de la suerte moral y jurídica, es decir, cómo afectan en nuestra responsabilidad, moral y jurídica, las acciones o resultados que no controlamos totalmente por la incidencia de circunstancias azarosas, ya que desde ese punto de vista la pena natural puede ser considerado como un caso de (mala) suerte en el resultado, ya que se trata de una consecuencia autolesiva que escapa del control agencial de la autora.

---

<sup>1</sup> Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, RIT N° 170-2018. *Considerando undécimo.*

<sup>2</sup> *Ibíd.*

En segundo lugar, el problema será enmarcado dentro de la antigua tensión entre los principios de gracia y de justicia, que aquí actuarán como modelos de interpretación de la pena natural, en el sentido que esta puede ser entendida como una expresión de clemencia, bajo el primer principio, o como una verdadera pena, bajo el segundo principio. Sobre esa base, el trabajo se desarrollará a través de las siguientes etapas:

El primer capítulo, “Suerte y merecimiento”, estará dedicado al análisis de la conexión entre los ámbitos de discusión correspondientes al de la así llamada “pena natural” (*poena naturalis*), por un lado y el de la suerte moral, por otro. Para ello, será realizada primero una exposición de los aspectos relevantes del debate de la suerte moral, su relación con la responsabilidad y los ámbitos de incidencia de esta, así como también las posiciones que se han elaborado respecto a dicha incidencia. Luego, se indagará en la relación (antagónica) en que se encuentra la suerte respecto a la noción de merecimiento, y las consecuencias que aquello tiene más allá del ámbito de la moral, esto es, para los casos de suerte jurídica y más específicamente, suerte penal. Esto último, será decisivo para delimitar el espacio en que podrá ser ubicada la pena natural, tanto conceptualmente como también en relación a su reconocimiento y operatividad normativa.

El segundo capítulo “La pena natural como paradoja” pretenderá explorar la pena natural como concepto y en particular atender a la dificultad que ello supone, considerando la configuración de una especie de “dilema definicional”. Sin embargo, para ello será necesario antes tener a la vista su manifestación fenomenológica, para comprender a partir de ella sus diferentes posibilidades conceptuales, siendo propuestos dos principales: un concepto amplio o fenoménico, y uno restringido o funcional. Además, asumiendo el carácter especialmente sensible a la fundamentación que cada concepto o interpretación de pena natural exhibe, será necesario inmiscuirse en las alternativas que presentan, por un lado, el principio de gracia, en su específica forma de clemencia, y por otro, el de justicia punitiva. En este recorrido, se abordarán tres paradojas que son usualmente atribuidas al problema de la pena natural y serán puestas en relación con la adopción de dichos principios, proponiéndose aquí una solución a través de la reinterpretación normativa de la pena natural como una pena estatal, para lo cual será necesario analizar su cabida dentro de las distintas teorías de la justificación del castigo.

El tercer y último capítulo, “Reconocimiento y resignificación normativa”, comprenderá el análisis de las consecuencias que se derivan de la adopción de un principio u otro, principalmente

en referencia a las formas de respuesta que configuran, tanto en términos jurídico-penales como sociales. Luego, serán abordadas algunas posibilidades de reinterpretación normativa que resulten compatibles con el principio de justicia punitiva, en tanto satisfagan los presupuestos jurídico-penales de la interpretación funcional de la pena natural que fueren propuestos, y algunas consideraciones para su desarrollo posterior de *lege ferenda*. Para concluir, se abordarán las posiciones en que quedan por un lado, la suerte, y por otro, el merecimiento, en dichas propuestas de reinterpretación normativa.

## I. SUERTE Y MERECEIMIENTO

“Un camino caótico y azaroso, hilvanado con una lógica imprevisible; acciones y reacciones diversas que trazaron una ruta llena de mutaciones causales en el material hereditario. La muerte de un número enorme de formas vivas que no estaban adaptadas al medio ambiente y el surgimiento de otras que lograron sobrevivir. Todo a partir de movimientos fortuitos que permitieron imprevistamente llegar al tipo humano del que somos parte. Si alguna mínima pieza de ese loco juego se hubiera movido a otro lugar, sería otro tipo de ser el que ahora escribiría o leería este libro.”

Voyager, Nona Fernández

### 1. APROXIMACIONES AL PROBLEMA DE LA SUERTE MORAL

#### 1.1. Inauguración del debate

Si bien la presencia de la suerte ha sido una preocupación que ha estado presente en el desarrollo filosófico desde antaño, ciertamente no fue hasta que los filósofos Bernard Williams y Thomas Nagel explicitaron el problema incidencia de la suerte en el desenvolvimiento de nuestra vida, tanto respecto a su influencia en nuestra constitución como personas, así como también en las acciones que llevamos a cabo, y las consecuencias que ello puede tener en la responsabilidad moral que atribuimos y nos atribuyen. Con ello, dieron inicio al debate de la suerte moral propiamente tal, tras la publicación sucesiva de dos sendos artículos, ambos llevando por título *Moral Luck*.

En su artículo, Nagel plantea el problema de la suerte moral como aquel que tiene lugar cuando lo que alguien hace depende en una medida significativa de factores que están fuera de su control, pero que sin embargo seguimos tratándolo en ese respecto como un objeto de juicio moral.<sup>3</sup>

Interesante es, en este sentido, detenerse en analizar la diferencia de los objetivos perseguidos por cada autor en sus respectivos trabajos, al abordar la incidencia de dichos factores

---

<sup>3</sup> NAGEL, Thomas. *Mortal Questions*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979. p.26.

azarosos o externos al control.<sup>4</sup> El interés de Williams por la temática,<sup>5</sup> por una parte, emerge de un cuestionamiento a la moral *stricto sensu* -distinta de la ética, siendo ésta última un concepto más amplio- y el lugar que ocupa como valor superior respecto a nuestras prácticas de atribución de responsabilidad, constatando en esta misma línea la común insistencia en definir si determinada actitud o reacción es o no moral. Consistentemente con su crítica, este propuso una justificación distinta a la racional -pretendidamente inmune a la suerte-, de carácter retrospectiva, la cual tematizó bajo la así llamada lamentación del agente (*agent-regret*), que corresponde a una respuesta del propio agente frente a sus acciones y a las consecuencias de estas, no desde un punto de vista institucional sino más bien referida a la experiencia de las situaciones, lo cual incluye ciertamente la incidencia de la suerte.<sup>6</sup>

Por otra parte, la preocupación de Nagel recaía más bien en la constatación de una paradoja insoslayable representada por la colisión de nuestra práctica ordinaria de juzgamiento moral con la condición o principio de control, que funge como una intuición sobre la primera.<sup>7</sup>

Ahora bien, para los objetivos de este trabajo, exhibirá una mayor relevancia lo desarrollado por Nagel, en virtud de dos razones: en primer lugar, por la descripción fenoménica que realiza para identificar la incidencia de la suerte en distintos ámbitos, lo cual da paso a la elaboración posterior de tipos de suerte y permite identificar la *poena naturalis* como un caso de suerte resultante, del modo que será tratado más adelante. En segundo lugar, en razón de la formulación que hace este del problema bajo un carácter paradójico y las reacciones que genera esta configuración, constituyen una base para la discusión de las consecuencias jurídicas y la operatividad frente a la presencia del azar.

---

<sup>4</sup> Para un análisis más pormenorizado de estas diferencias, véase ROSELL, Sergi. “Nagel y Williams acerca de la suerte moral”. *Revista de Filosofía*, vol. 31 (1): pp. 143-165, 2006.

<sup>5</sup> El punto fue aclarado y profundizado en el *PostScript* publicado con ocasión de la compilación realizada por Daniel Statman: WILLIAMS, Bernard. “Postscript”. *En*: STATMAN, Daniel (Ed.). *Moral Luck*. Albany: State University of New York Press, 1993. pp. 251-258.

<sup>6</sup> WILLIAMS, Bernard. *Moral Luck. Philosophical Papers 1973-1980*. Cambridge: Cambridge University Press, 1981. p. 27.

<sup>7</sup> De esta forma, Nagel sostiene que: “The view that moral luck is paradoxical is not a mistake, ethical or logical, but a perception of one of the ways in which the intuitively acceptable conditions of moral judgment threaten to undermine it all”. NAGEL, Thomas. *Mortal Questions*, 1979. *Op. Cit.* p. 27

## 1.2. Prácticas y contraintuitividad

Como ya fuera enunciado, a lo que Nagel apunta en su trabajo es la revisión de nuestras prácticas de atribución de responsabilidad (moral) en referencia a las consecuencias de la incidencia de la suerte en ella. Caracteriza aquello como una paradoja, en tanto puede ser entendida como la conjunción de premisas verdaderas que conducen a una conclusión incompatible. Dichas premisas consisten, por un lado, en una “intuición”, que se identifica con el así llamado *principio de control*, y, por otro lado, con una “práctica” correspondiente a los juicios morales, o más bien, *juicios de suerte moral*.

De esta forma, en primer lugar, se encuentra la práctica recaída en nuestros juicios morales cotidianos, los cuales pueden ser formulados de la siguiente forma:

Un agente  $A$  es moralmente evaluable por  $x$  (de manera “correcta”), aunque  $x$  depende significativamente de factores que están fuera del control de  $A$ .<sup>8</sup>

En segundo lugar, se halla la intuición, consistente en que el control es una condición habilitante para la evaluación y atribución de responsabilidad moral, lo cual da origen al así llamado principio o condición de control que se impone a los juicios morales, que reconduce al siguiente corolario:

Un agente es moralmente responsable de  $x$  si y sólo si tiene un grado apropiado de control sobre  $x$ .<sup>9</sup>

Por tanto, de la lectura conjunta de ambas formulaciones se evidencia que nuestros juicios morales ordinarios de hecho no satisfacen dicha condición de control, pues evaluamos moralmente factores que escapan de nuestro control, es decir, que son azarosos.

En este punto, resulta útil para esclarecer a qué se está refiriendo Nagel con la noción de juicios morales en el contexto de la práctica de atribución de responsabilidad, recurrir a la distinción que fuera esbozada por Michael Zimmerman.<sup>10</sup> De esta forma, estos se corresponden con los que el autor denomina *juicios morales hipológicos*, que son aquellos mediante los cuales se evalúa al agente, ya sea bajo la forma de elogiabilidad (*praiseworthiness*) o reprochabilidad (*blameworthiness*) y no por el

---

<sup>8</sup> *Ibid.* p. 147.

<sup>9</sup> ROSELL, Sergi, 2006. *Op. Cit.* p. 146.

<sup>10</sup> ZIMMERMAN, Michael. “Taking Luck Seriously”. *The Journal of Philosophy*, vol. 99 (11): 553-576, 2002. pp. 554 y ss.



contrario, a los *juicios deónticos* que son aquellos que asignan el carácter de corrección o incorrección moral (*right or wrong*).

Esta distinción es relevante puesto que aunque la correlación normal entre dichas categorías corresponde a los binomios correspondientes a por un lado, corrección moral y elogiabilidad, y por otro, incorrección y reprochabilidad, puesto que la regla general es que somos responsables por lo que hacemos, pese a que esta conexión sea contingente y no necesaria. Esto, puesto que tal como señala Thomas Scanlon, es preciso diferenciar las razones por las cuales actuó una persona y las condiciones bajo las cuales lo hizo, ya que en efecto, puede ser apropiado responsabilizar a alguien por hacer lo correcto pese a que lo haya hecho por una razón extremadamente incorrecta o mala.<sup>11</sup>

Ahora bien, considerando esta noción de juicios morales en sentido hipológico, y siguiendo la noción de suerte entregada por Nagel, *i.e.* factores que se encuentran fuera del control del agente, dichos juicios son en realidad *juicios de suerte moral*, puesto que como señala Gustavo Beade:

Esta responsabilidad que debemos adjudicarnos por nuestras conductas implica también la adjudicación, en muchos casos, de un premio o un castigo por ese hecho. En este sentido, la mera suerte, que puede influir en nuestras conductas habituales, se transforma en suerte moral, es decir, en el hecho de que una persona sea moralmente censurada o elogiada, en parte, por su suerte.<sup>12</sup>

Entonces, como ya se decía, esta colisión generada por las premisas anteriores, Nagel sostiene que se trata de una paradoja, ya que pese a que ambas son por sí solas verdaderas, conducen a una conclusión contradictoria e incompatible. Esto, pues la aplicación de cualquiera de ellas por sí sola es irrealizable en tanto que, primero, si la condición de control es aplicada consistentemente, ésta amenaza con erosionar o ilegitimar la mayoría de los juicios morales que realizamos naturalmente, dado que parece ser que nada de lo que hacemos está bajo de nuestra esfera de control. En segundo lugar, no es plausible considerar falsa la condición de control puesto que, según el autor, esta es una consecuencia natural de la idea ordinaria de evaluación moral.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> SCANLON, T.M. *Moral Dimensions*. Londres: Belknap Press, 2008. p. 184.

<sup>12</sup> BEADE, Gustavo. *Suerte moral, castigo y comunidad. Un análisis de la relevancia moral de la suerte en el resultado*. Madrid: Marcial Pons, 2017. p. 38.

<sup>13</sup> NAGEL, 1979. *Óp. Cit.* pp. 26-27

### 1.3. Posiciones frente al problema

De lo anterior, puede derivarse que al parecer no hay salida a la colisión presentada por Nagel. No obstante, han sido ofrecidas por la literatura diversas respuestas frente al problema, de las cuales aquí serán presentadas en dos grupos principales de ideas:<sup>14</sup>

Por una parte, se hallan quienes niegan o rechazan la incidencia de la suerte en la responsabilidad, por la vía de hacer prevalecer la aplicación del principio de control. Sin embargo, la dificultad que enfrenta dicha estrategia consiste en la necesidad de realizar un análisis diferenciado respecto a cada tipo de suerte -constitutiva, causal, circunstancial y consecuencial-, para demostrar así su carácter aparente en cada una, y con ello salvar la condición de control. Este análisis diferenciado conduce a la configuración de posiciones *subjetivistas* -cercanas a la concepción kantiana de voluntad-, siendo el tipo de suerte problemática para estos aquella que incide en las consecuencias o en los resultados de las acciones, en tanto los juicios pueden solo recaer en la intención de los agentes, ya que es lo único que se encuentra a salvo de la incidencia del azar. De esta forma, como predijera Nagel, se verían ilegítimos la mayoría de los juicios ordinarios de responsabilidad.

Por otra parte, se encuentran quienes aceptan la existencia e incidencia de la suerte pero que sin embargo no creen que ésta sea problemática -o paradójica, si se quiere-, y de esta forma más que intentar resolver el problema, lo disuelven. Lo anterior se deja reconstruir a su vez por dos argumentos: por un lado, la denuncia de un yerro en la concepción de moralidad, y por otro, el sostenimiento de la “falacia” del control total. Respecto a la denuncia de la condición o principio de control como falaz, dicha tesis se sostiene en negar que, como planteaba Nagel, el principio de control sea una generalización que se deriva de forma directa de nuestros juicios ordinarios, ya que en realidad se trata de una propuesta normativa,<sup>15</sup> esto es, constituye un deber ser y no una constatación empírica.

Un relevante representante de esta posición es Michael S. Moore, quien plantea una “revisión” del problema de la suerte moral por la vía de reducir la exigencia del principio de control

---

<sup>14</sup> Para un panorama más completo de posiciones acerca de la suerte moral, véase SCHLEIDER, Tobías. *Acción y resultado. Un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2011. pp. 175 y ss.; NELKIN, Dana K. “Moral Luck”. *En*: ZALTA, E.N. (Ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2019. [en línea] <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/moral-luck/>>

<sup>15</sup> SCHLEIDER, Tobías. *Óp. Cit.*

propuesto por Nagel. Ello se basa en comprender el control y suerte moral como una distinción entre normalidad y anormalidad (*freakishness*), donde el parámetro de normalidad, a diferencia de lo que sostiene Nagel, no supone la idea de control de *todos* de los factores que inciden causalmente en un resultado. Y ello, según Moore, se encuentra en congruencia con lo que el propio derecho penal y la moralidad que subyace a este requiere, que es el control de *algunos* factores, lo que quiere decir que la evaluación moral y jurídica es inmune al menos a cierto tipo de suerte: entendemos por ejemplo, que un asesino está en control de su acción aunque no controle el viento que puede desviar su bala. Por tanto, para el autor, dentro del parámetro de normalidad podría haber suerte, pero no suerte moral, quedando de esta forma a salvo los juicios de responsabilidad.<sup>16</sup>

## 2. LA SUERTE EN LAS CONSECUENCIAS

### 2.1. Manifestaciones de la incidencia de la suerte

Volviendo a las razones por las cuales en este trabajo exhibe especial significancia la contribución de Nagel, la primera de las que fueren enunciadas dice relación con que éste distingue cuatro formas en que incide la suerte en la responsabilidad moral,<sup>17</sup> que bajo la especificación posterior por parte de la literatura pueden identificarse como suerte consecuencial, causal, circunstancial y consecuencial, las que serán tratadas en lo que sigue.

En primer lugar se halla aquella el propio Nagel denominó *suerte constitutiva*, la cual se relaciona con el carácter -inclinaciones, capacidades y temperamento- que definen el “tipo de persona” que somos, puesto que este tipo de buena o mala suerte es de índole originario o basal, y de carácter sistémico en algunos casos. Por ello, sus manifestaciones son bastante amplias, en tanto puede atender a ciertas capacidades naturales de las personas,<sup>18</sup> como también respecto a desigualdades sociales, por lo cual también ha estado presente en el debate de la filosofía política y

---

<sup>16</sup> En palabras del autor: “if one’s blameworthiness only comes about in the normal, non-freakish, not-by-chance way, there is no moral luck involved in such blameworthiness, wherever it exists, even if there is luck involved”. MOORE, Michael S. *Placing Blame. A Theory of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 1997. p. 215.

<sup>17</sup> Descritas por el propio Nagel de la siguiente forma: “There are roughly four ways in which the natural objects of moral assessment are disturbingly subject to luck. One is the phenomenon of constitutive luck - the kind of person you are, where this is not just a question of what you deliberately do, but of your inclinations, capacities, and temperament. Another category is luck in one's circumstances - the kind of problems and situations one faces. The other two have to do with the causes and effects of action: luck in how one is determined by antecedent circumstances, and luck in the way one's actions and projects turn out”. NAGEL, Thomas, 1979. *Op. Cit.* p. 28.

<sup>18</sup> Acerca de las capacidades en relación al debate de la responsabilidad frente al determinismo: MOORE, Michael S. “Compatibilism(s) for Neuroscientists”. *En: VILLANUEVA, E. Law: and the Philosophy of Action. Social, Political & Legal Philosophy vol. 3*, 2014. pp. 1-59.

particularmente de la justicia distributiva, por parte del así llamado igualitarismo de la suerte,<sup>19</sup> que será abordado con posterioridad. Además, también ha tenido lugar en discusiones relacionadas con la puesta en cuestión de la legitimidad y el análisis del estatus moral y político del Estado respecto al ejercicio del *ius puniendi* sobre personas significativamente desaventajadas y excluidas socialmente.<sup>20</sup>

Luego, la suerte que incide en las circunstancias y situaciones en las cuales la persona actúa, fue bautizada por Daniel Statman como *suerte circunstancial*.<sup>21</sup> Ella está referida a los momentos y lugares de la formación del acto de voluntad y en los cuales se lleva a cabo una acción. Se ha asociado generalmente a los así llamados “dilemas morales”, cuyos ejemplos paradigmáticos radican en la comparación del desarrollo de las tendencias nacionalsocialistas, ya sea entre dos ciudadanos alemanes cuya diferencia consiste en que uno emigró de Alemania mientras que el otro no, y este último se convirtió en oficial de un campo de concentración, o bien, entre dos residentes alemanes en la misma época, habiendo uno colaborado con el régimen y el otro en cambio oponiéndose a este y comportándose por tanto de forma heroica.<sup>22</sup> Este último caso sin embargo es considerado como un test demasiado exigente, puesto que fueron solamente algunos los que tuvieron la “mala suerte” de ser sometidos a aquel.<sup>23</sup> Sería oportuno aquí, como invita Adler,<sup>24</sup> considerar la respuesta de Hannah Arendt a la defensa sostenida por Adolf Eichmann:

Let us assume ... that it was nothing more than misfortune that made you a willing instrument in the organization of mass murder; there still remains the fact that you have carried out, and therefore actively supported, a policy of mass murder.<sup>25</sup>

La suerte que influye en las circunstancias antecedentes o bien, *suerte causal* como la denominara también Statman,<sup>26</sup> está íntimamente relacionada con el debate entre el libre albedrío y el

---

<sup>19</sup> Véase QUERALT, Jahel. “El igualitarismo de la suerte”. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 38: 189-213, 2015.

<sup>20</sup> BEADE, Gustavo y LORCA, Rocío. “¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién? Un diálogo sobre la legitimidad del castigo en contextos de exclusión social”. *Isonomía*, vol. 47: 135-164, 2017.

<sup>21</sup> STATMAN, Daniel. “Introduction”. En: STATMAN (Ed.), 1993. *Op. Cit.* p.11.

<sup>22</sup> Este ejemplo clásico resulta asimilable a otros contextos, como el del accionar de las fuerzas armadas durante la dictadura cívico-militar chilena desde el año 1973.

<sup>23</sup> NAGEL, Thomas, 1979. *Op. Cit.* p. 34.

<sup>24</sup> ADLER, Jonathan E. “Luckless Desert is Different Desert”. *Mind, New Series*, vol. 96 (382): 247-249, 1987. p. 249.

<sup>25</sup> ARENDT, Hannah. *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*. Nueva York: Penguin, 1964. p. 279.

<sup>26</sup> STATMAN, Daniel, 1993. *Op. Cit.* P. 11.

determinismo causal, en tanto la influencia de la suerte en este ámbito cuestiona si son realmente libres nuestras voliciones y acciones, de forma que podamos ser responsables por ellas. Sin embargo, como tal ha sido la menos abordada por la literatura, y en general ha sido asociada a la suerte circunstancial y constitutiva.

Por último, pero crucial para este trabajo, se halla la suerte que se halla inmiscuida en la manera en que se toman nuestros proyectos, que Zimmerman acuñó como *suerte resultante*,<sup>27</sup> distinguiéndola de la suerte situacional. Como su denominación lo evidencia, es aquella que marca el resultado o consecuencias posteriores a decidir y ejecutar un determinado curso de acción. Los ejemplos que se han esbozado en la literatura son de distinta índole, dentro de los que cabe destacar principalmente los referidos a decisiones bajo incertidumbre, como llevar a cabo una revolución, o bien la célebre discusión acerca de la responsabilidad diferenciada que debe ser atribuida a los homicidios consumados o solo tentados por razones azarosas, tales como el desvío de la bala dirigida. Este último problema será abordado con mayor detenimiento en lo sucesivo.

## 2.2. Control, acciones y agentes

Como se ha visto evidenciado en la exposición precedente de la clasificación más tradicional de los tipos de suerte, aquella incide tanto en el juzgamiento de las acciones (y sus resultados) como en los mismos agentes, en su constitución y en el contexto de decisión o formación de sus voluntades.

Dicha extensión del campo de aplicación de la noción de suerte moral ha derivado en que algunos autores hayan propuesto un tratamiento diferenciado para distintos tipos de suerte, lo cual se relaciona de forma significativa con la primera posición que fuera enunciada a propósito de las actitudes frente al problema de la suerte moral,<sup>28</sup> es decir, la adoptada por quienes niegan la incidencia de la suerte.

Una propuesta encaminada en la línea anterior es la de Eduardo Rivera López,<sup>29</sup> quien con el objeto de reducir la suerte moral a una expresión mínima, elaboró un argumento, de base kantiana, cuya estrategia consistía en evitar la objeción al rechazo de la suerte consecuencial, por la

---

<sup>27</sup> ZIMMERMAN, Michael. "Luck and Moral Responsibility". *Ethics*, vol. 97 (2): 374-386, 1993. p. 376.

<sup>28</sup> *Supra* I.1.3.

<sup>29</sup> Para un análisis crítico del planteamiento de Rivera López, véase: SCHLEIDER, Tobías. "Responsabilidad y suerte penal. Reflexiones sobre un argumento de Eduardo Rivera López". *Isonomía* vol. 34: 141-159, 2011.

vía de aceptar la suerte circunstancial de modo de “permitir la cuestión de la responsabilidad”.<sup>30</sup> Lo anterior se deja explicar en el sentido de que el objeto de juicios morales, según el autor, debiese recaer en la comparación entre quien se encuentra en la misma situación que el otro pero no intenta actuar de otro modo, lo cual supone, que los juicios en última instancia deben recaer en la intención del agente. Ello, pues según la comprensión del autor, es la intención lo único que depende enteramente de la libre voluntad, ya que esta es, como se lee de la cita que el propio autor reproduce de Kant, “el acopio de todos los medios que están en nuestro poder”.<sup>31</sup>

No obstante, se han esgrimido razones de peso para considerar que resulta poco plausible negar la responsabilidad por las consecuencias. Al respecto, puede considerarse como una primera aproximación lo planteado por Hegel en el párrafo §119, donde afirma que el ser humano al actuar se entrega a la exterioridad y ello implica a la suerte, en tanto:

En una acción, naturalmente, pueden darse más o menos circunstancias. En un incendio provocado, puede ocurrir que el fuego no pegue o se propague más allá de lo que el autor quería. A pesar de ello, no se puede hacer una distinción aquí entre buena o mala suerte, pues en sus acciones el hombre tiene que vérselas con cosas externas. Un viejo refrán dice con razón que la piedra que ya ha salido de la mano, le pertenece ya al diablo. Cuando yo realizo una acción, me expongo a la mala suerte: es decir, esta tiene un derecho sobre mí mismo y es una existencia de mi propia volición.<sup>32</sup>

En la misma línea, otros autores, cuestionando el principio de control, señalan que este no puede vedar el reproche a un agente por las consecuencias de sus actos, puesto que estas en algún sentido *le pertenecen*.<sup>33</sup> Por ello, la pregunta, como señala Antony Duff, debe estar referida a cuál es el criterio de adscripción las acciones para que sea consideradas como *propias* por parte de los agentes.<sup>34</sup> Duff, quien favorece una noción *relacional* de la responsabilidad -alguien es llamado a responder *por* algo y *frente* a alguien-,<sup>35</sup> considera que se ve satisfecho el requisito de control aun cuando el éxito de la acción depende de la suerte, puesto que este en todo caso es una consecuencia de una acción

---

<sup>30</sup> RIVERA LÓPEZ, Eduardo. “Responsabilidad y suerte moral. Circunstancias y consecuencias de la acción”. *Análisis filosófico*, vol. XX (1-2): 33-54, 2000. p. 52.

<sup>31</sup> RIVERA LÓPEZ, Eduardo, 2000. *Op. Cit.* P. 46.

<sup>32</sup> HEGEL, G.W.F. *Fundamentos de la Filosofía del Derecho o Compendio de Derecho Natural y Ciencia Política*. Madrid: Editorial Tecnos, 2017. p. 135.

<sup>33</sup> Al respecto: SCHLEIDER, Tobías, 2011. *Op. Cit.* pp. 196-197.

<sup>34</sup> DUFF, R.A. *Criminal Attempts*. Nueva York: Oxford University Press, 1996. pp. 323-325.

<sup>35</sup> DUFF, Antony. *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015. p. 98.

voluntaria, respecto de la cual podría surgir una respuesta natural tal como “¡mira lo que hiciste!”<sup>36</sup>, y eso que fue hecho ciertamente incluye los resultados concretos: “Si corro razonablemente el riesgo de dañar tus bienes y ese riesgo se hace realidad, no solo soy responsable de correrlo, si no de dañar tus bienes”.<sup>37</sup>

Cercano a esta posición es Gustavo Beade, quien plantea una *visión ingenua* u *optimista* de la suerte, la cual describe como aquella en que: “los *optimistas* asumen que existe una gran cantidad de circunstancias que se encuentran influidas por factores que están fuera de su control. A la vez, también son escépticos respecto de la posibilidad de controlar todo lo que hacemos”.<sup>38</sup> Esta visión optimista también halla una conexión con una noción relacional de la responsabilidad, puesto que pone atención en lo que esperamos y lo que le debemos a nuestra comunidad, y para ello debemos ser responsables por nuestros actos y consecuencias, no pudiendo pensarse dichas circunstancias negando la existencia de la suerte en nuestras vidas.<sup>39</sup>

### 2.3. ¿Relevancia del resultado?

El caso paradigmático de la incidencia de la suerte consecuencial es el que dice relación con diferencia o no del reproche, tanto moral como jurídico-penal, merecido por los delitos tentados y consumados. Éste, como señala Feinberg, es un antiguo problema -su referencia más temprana se remonta a Platón- al cual todo filósofo del derecho de buena fe se ha dedicado alguna vez.<sup>40</sup>

A su respecto, las posiciones elaboradas se han agrupado en dos tesis: la de la equivalencia y la de la diferencia, las cuales también han sido relacionadas con el subjetivismo y objetivismo penal, respectivamente. De modo muy sucinto,<sup>41</sup> la primera tesis, se basa en la negación de la suerte, por lo menos, en el resultado, primando la voluntad y las intenciones de los agentes. En cambio, la tesis objetivista, ha sostenido la relevancia de los resultados basándose en diversos argumentos. Entre ellos, los basados en el principio del daño, en la teoría del bien jurídico, en razones

---

<sup>36</sup> *Ibid.* p. 118.

<sup>37</sup> *Ibid.* p. 119.

<sup>38</sup> BEADE, Gustavo, 2017. *Óp. Cit.* p. 15.

<sup>39</sup> *Ibid.* p. 15

<sup>40</sup> FEINBERG, Joel. *Problems at the Roots of Law. Essays in Legal and Political Theory*. Nueva York: Oxford University Press, 2003. p. 77.

<sup>41</sup> Acerca de los planteamientos comunes y las diferencias entre quienes sostienen la tesis de la equivalencia, véase BEADE, Gustavo, 2017. *Óp. Cit.* pp. 45 y ss.

comunitaristas,<sup>42</sup> y muy relevantemente, aquel que se funda en las bases de merecimiento, que es lo que será desarrollado en lo que sigue.

De modo anticipatorio de la relación entre suerte y merecimiento, puede tomarse en cuenta como primera aproximación al debate una posición frente a la suerte moral que es denominada el “argumento epistémico”. Este, enfrenta el problema de la suerte en el resultado sosteniendo que, si bien las consecuencias muestran lo que el acto en potencia no puede, el acto exitoso y el frustrado son merecedores del mismo reproche, dado que la distinción no implica necesariamente de un compromiso mayor o menor con la acción.<sup>43</sup> Este argumento fue defendido, entre otros, por Norvin Richards, quien plantea que quien por buena o mala suerte es tratado de forma distinta no es paradójico sino que es reflejo de nuestras limitaciones epistémicas,<sup>44</sup> y en esta línea sostiene la centralidad del carácter como criterio determinante de lo que una persona merece,<sup>45</sup> en tanto como plantea el autor:

[t]he deserts of the lucky reckless driver do not differ from those of the unlucky one. Once again, the reason we should treat the two differently is not because they deserve different treatment, but because (a) their behaviour does not show their deserts equally clearly and (b) we should treat people according to our understanding of their behaviour.<sup>46</sup>

En respuesta a lo anterior, Jonathan Adler sostiene que, además de ser problemática la sugerencia de Richards de que “entender es excusar”, ya que representa una mitigación inaceptable del merecimiento,<sup>47</sup> deben ser tomadas en consideración las consecuencias de las acciones para la determinación del merecimiento, puesto que la culpabilidad que atribuimos por éstas responden tanto a razones jurídicas como también emocionales y sociales,<sup>48</sup> siendo especialmente relevante en ello las denominadas “actitudes reactivas” las cuales fueran desarrolladas por P. F. Strawson.<sup>49</sup>

El punto hecho por Adler, puede ser profundizado a través de la contribución de Michael Moore con respecto a la relevancia de los resultados para la determinación del merecimiento. La

---

<sup>42</sup> BEADE, Gustavo. *Óp. Cit.* pp. 73 y ss.

<sup>43</sup> Véase SCHLEIDER, Tobías, 2011. *Op. Cit.* pp. 176 y ss.

<sup>44</sup> RICHARDS, Norvin. “Luck and Desert”. *Mind, New Series*, vol. 95 (378): 198-209, 1986. p. 199.

<sup>45</sup> *Ibid.* p. 204.

<sup>46</sup> *Ibid.* p. 205.

<sup>47</sup> ADLER, Jonathan E., 1987. *Op. Cit.* p. 249.

<sup>48</sup> *Ibid.* p. 248.

<sup>49</sup> Véase STRAWSON, P.F. *Freedom and Resentment and Other Essays*. Nueva York: Routledge, 2008. pp. 1 y ss.



propuesta de Moore, consiste en distinguir dos “bases de merecimiento” independientes, en el sentido de que ambas son determinantes para la determinación del castigo merecido, las cuales corresponden por un lado a la “culpabilidad personal” (*culpability*) y por otro, al así llamado *wrongdoing*,<sup>50</sup> el cual puede ser entendido como la incorrección de formas de comportamiento o bien hacer referencia al a veces denominado en material penal “injusto objetivo”.<sup>51</sup>

La distinción entre estas dos bases resulta crucial, puesto que en general se entiende a la culpabilidad, a diferencia de la incorrección, como una condición no solo necesaria sino también suficiente, precisamente en el caso de acciones fallidas o tentativas, donde se merece castigo aunque no haya incorrección. A pesar de aquello, como Moore sostiene, la incorrección sigue siendo una base de merecimiento independiente puesto que ejerce influencia en *cuánto* castigo es merecido,<sup>52</sup> e incluso dicha base puede tener influencia en *si* se castiga o no. Para esto último, puede ser tomado en consideración el ejemplo del tratamiento que otorga el Código Penal chileno para las conductas constitutivas de faltas, en donde no se prevé punibilidad para su realización en grado de tentativa, lo que significa que, en caso de no haber incorrección objetiva, no es merecida sanción penal alguna.

Ahora bien, en la base de la tesis anterior, es posible vislumbrar nuevamente una conexión con Strawson, en tanto a lo que apunta Moore es que es posible extraer un principio general de la relevancia de los resultados, de carácter no fundacionalista o auto-evidente, sino epistémico, es decir, un principio de carácter provisional que permita explicar los juicios particulares.<sup>53</sup> Para ello, recurre a tres tipos de experiencia, primariamente emocional, que acompañan nuestros juicios sobre la incorrección y el merecimiento: primero, que un comportamiento exitoso genera mayor resentimiento que uno meramente intentado o arriesgado; segundo, que los comportamientos exitosos propios generan mayores sentimientos de culpa que los intentados o arriesgados; y tercero, que en base a nuestra experiencia de decisión es posible afirmar que el comportamiento importa de forma independiente.<sup>54</sup>

En ese sentido, es un punto similar el hecho por Strawson con su reconstrucción de la práctica de atribución de responsabilidad y de las nociones de merecimiento, inculpación y justicia,

---

<sup>50</sup> MOORE, Michael, 1997. *Óp. Cit.* pp. 191 y ss.

<sup>51</sup> En adelante será utilizada la voz “incorrección” para referirse a lo que Moore define como *wrongdoing*.

<sup>52</sup> *Ibid.* p. 193.

<sup>53</sup> *Ibid.* p. 223.

<sup>54</sup> *Ibid.* pp. 229-233.

a través de las que denomina actitudes reactivas -siendo central el resentimiento-, puesto que en general los esfuerzos tienden a super-intelectualizar el fenómeno, mientras que el autor sostiene que no debe buscarse más allá de los hechos tal cual como los conocemos.<sup>55</sup>

Ahora bien, la distinción entre las bases de merecimiento provee a su vez un sustento a la tesis de la diferencia o no-equivalencia. Lo anterior, traducido a un modelo analítico de teoría de las normas, puede comprenderse del siguiente modo: dado que la especificidad de la tentativa es el déficit de satisfacción semántica respecto al objeto de imputación de esta, ya que representa un quebrantamiento imperfecto de una norma de comportamiento, lo que quiere decir que este “no ejemplifica las propiedades fundantes de la antinormatividad que es definitoria de del delito”,<sup>56</sup> determina que aunque pudiera considerarse que hay una infracción de deber, no hay antinormatividad. Ello, en términos de Moore, equivale a decir que hay “culpabilidad sin incorrección”,<sup>57</sup> lo cual se relaciona con la falta de correspondencia entre los juicios deónticos e hipológicos que se enunciaba más arriba, puesto que aunque no haya incorrección moral (juicio deóntico) hay reprochabilidad (juicio hipológico).<sup>58</sup> Sin embargo volviendo a la teoría de las normas, esto marca una diferencia respecto a la consecuencia que tiene la incorrección en términos de punibilidad, pues la imposición de la norma de sanción penal no será la misma en el caso de un quebrantamiento perfecto o imperfecto de la norma de comportamiento.

Por último, también ha sido defendida la tesis de la diferencia desde el punto de vista de la comunicación, que también atiende a consideraciones relativas al derecho penal. En efecto, ha sido ofrecido por Antony Duff un argumento que atiende a la función comunicativa de la pena, puesto que como señala el autor, el fallar representa un espacio de posibilidad para el arrepentimiento del agente. Por tanto, de sostenerse un castigo equivalente, se le estaría diciendo a este que no importa si falla o tiene éxito, lo cual para Duff es problemático, puesto que:

[i]t does matter to us, and should matter to him, whether his attempt succeeded or not: we are, and he should be, relieved that it failed (for if he comes to repent his crime as he should, he will be

---

<sup>55</sup> STRAWSON, P.F., 2008. *Óp. Cit.* p. 24.

<sup>56</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44 (2): 461-493, 2017. p. 477.

<sup>57</sup> MOORE, Michael, 1997. *Op. Cit.* p. 191.

<sup>58</sup> *Supra* I.1.2.

relieved that it failed); and if his punishment is to communicate to him an adequate understanding of his crime, it should surely aim to communicate the appropriateness of this relief.<sup>59</sup>

Este punto referido a la función comunicativa de la pena será retomado en el capítulo siguiente a propósito del análisis del rendimiento de las teorías de la justificación del castigo respecto a precisamente formas que contienen un componente azaroso relevante.

### **3. PENA, SUERTE Y MERECEIMIENTO**

#### **3.1. Loterías naturales, sociales y penales**

En las secciones precedentes han sido abordadas las interrogantes en torno a dos aspectos que resultan relevantes al analizar la suerte moral: primero, si ésta genera una distinción moral en los juicios de responsabilidad, y segundo, si la suerte resultante debe recibir un tratamiento diferente en función de si se justifica en particular la distinción de moral en la responsabilidad respecto a las consecuencias de un determinado curso de acción.

Ahora, un tercer aspecto relevante, que ha estado implícito en el desarrollo previo, dice relación con que la noción de suerte se halla en contraposición con la noción de merecimiento. Dicha conexión ha sido tematizada principalmente por John Rawls, bajo las nociones de lotería natural y social, respecto de las cuales el autor afirma:

But since there is no effort to preserve an equality, or similarity, of social conditions, except insofar as this is necessary to preserve the requisite background institutions, the initial distribution of assets for any period of time is strongly influenced by natural and social contingencies. The existing distribution of income and wealth, say, is the cumulative effect of prior distributions of natural assets—that is, natural talents and abilities—as these have been developed or left unrealized, and their use favored or disfavored over time by social circumstances and such chance contingencies as accident and good fortune. Intuitively, *the most obvious injustice of the system of natural liberty is that it permits distributive shares to be improperly influenced by these factors so arbitrary from a moral point of view.*<sup>60</sup>

De esta forma, Rawls continúa planteando su célebre principio de la diferencia, que en estos casos descritos referidos a posiciones sociales originarias o iniciales, familiares o sociales, respecto de las

---

<sup>59</sup> DUFF, R. A. “Auctions, Lotteries, and the Punishment of Attempts”. *Law and Philosophy*, vol 9 (1): 1-37, 1990. p. 36.

<sup>60</sup> RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1999. pp. 62-63. [cursivas añadidas].

cuales no podemos reclamar crédito alguno -que con lo previamente dicho podrían ser identificados como casos de suerte constitutiva y circunstancial- la noción de merecimiento en definitiva no puede ser aplicada.<sup>61</sup>

Bajo la interpretación de Rawls realizada por Samuel Scheffler, sobre la base del reconocimiento de una asimetría entre la justicia distributiva y retributiva, el merecimiento presenta diferencias en cada sede.<sup>62</sup> En efecto, mientras la justicia distributiva tiene por efecto la creación de instituciones justas, en el sentido que satisfagan los dos principios propuestos por el autor, *i.e.* principio de igualdad y diferencia, en la distribución y asignación, tratándose de instituciones penales la justicia ya no funge como un criterio asignativo, sino que este responde a ejercicios de *agencia individual* que la sociedad considera intolerables.<sup>63</sup>

La preocupación del problema del derecho penal -y por consiguiente el rol del merecimiento, por ser esta fundamentalmente una categoría perteneciente a la justicia retributiva- en la teoría de Rawls se vuelve relevante cuando se considera, siguiendo a Bonnie Honig, la existencia de delitos en una sociedad “institucionalmente perfecta” que no necesita castigo.<sup>64</sup> Ello, pues en esta hipótesis provoca perplejidad el no seguimiento de la norma pues bajo el principio de la imparcialidad las exigencias normativas se hallan ajustadas a las preferencias de los sujetos racionales. Es aquí donde Rawls le reconoce un lugar a la justicia retributiva, donde identifica el actuar (formalmente) defectuoso del sujeto como una infracción a los deberes naturales,<sup>65</sup> fuera de los márgenes de la sociedad bien ordenada, pues bajo la justicia como imparcialidad no queda más que atribuir responsabilidad por el “mal carácter” del sujeto, pues no existen problemas sistémicos -clases bajas, indigencia, etc.- pues bajo esta se ve concretada la igualdad de oportunidades.<sup>66</sup> Por tanto aquí, excepcional o contradictoriamente se le estaría otorgando significancia a la suerte constitutiva -al carácter-, en el sentido de su “naturaleza”.<sup>67</sup>

---

<sup>61</sup> RAWLS, John, 1999. *Óp. Cit.* p. 89.

<sup>62</sup> Hay autores como Scanlon, por ejemplo, que no sigue dicha distinción, y considera paralelamente el merecimiento en la justicia retributiva y distributiva. SCANLON, T.M. “The Significance of Choice”. *En: VV.AA. The Tanner Lectures on Human Values VIII*. Salt Lake City: University of Utah Press, 1988. Pp. 151-216.

<sup>63</sup> SCHEFFLER, Samuel. “Justice and Desert in Liberal Theory”. *California Law Review*, vol. 88 (3): 965-990, 2000. p. 986.

<sup>64</sup> HONIG, Bonnie. “Rawls on Politics and Punishment”. *Political Research Quarterly*, vol. 46 (1): 99-125, 1993. 110

<sup>65</sup> RAWLS, John, 1999. *Óp. Cit.* p. 276.

<sup>66</sup> HONIG, Bonnie, 1993. *Óp. Cit.* 116

<sup>67</sup> En palabras del propio Rawls: “Those who find that being disposed to act justly is not a good for them cannot deny these contentions. It is, of course, true that in their case just arrangements do not fully answer to their

Ahora bien, esta comprensión de la culpabilidad del *sujeto* como estrictamente referida a la infracción de deberes naturales de carácter *moral*, se inserta dentro de la aseveración de Honig de que los problemas del tratamiento de Rawls respecto al castigo son los mismos problemas referidos al tratamiento que este da a la política.<sup>68</sup> De esta forma, sostiene Honig que Rawls no se representa la posibilidad de la conexión entre pluralismo y política,<sup>69</sup> sino que más bien la supresión de la segunda es una condición para el aseguramiento de la primera. En el ámbito del castigo, se ve traducido en la imposibilidad de reconocer al delincuente como un *ciudadano*, y al seguimiento de normas de este no como una mera expectativa moral sino como una *obligación política*,<sup>70</sup> que asegura la vigencia del ordenamiento jurídico.<sup>71</sup> Sobre esto último se volverá más adelante.

Retomando la distinción entre justicia distributiva y justicia retributiva, por lo general la preocupación de la filosofía política, quienes han desarrollado esta noción rawlsiana de lotería,<sup>72</sup> se han centrado principalmente en la justicia distributiva, y particularmente han reparado, implícita o explícitamente, en la suerte constitutiva y circunstancial, ya sea en atención a condiciones socioeconómicas, como también en menor medida, circunstancias de género, raza y clase.<sup>73</sup>

Por otro lado, cabe notar que en el desarrollo en materias de justicia distributiva por parte de la tradición liberal, ésta ha tendido a ser escéptica respecto a la noción de merecimiento y por tanto a restarle relevancia, sin embargo el así llamado igualitarismo de la suerte ha representado un giro en este sentido, puesto que se han dedicado a tratar la incidencia de la suerte, entendida como lo no-merecido, en relación a la igualdad, cuya centralidad es la compensación a las personas por su

---

nature, and therefore, other things equal, they will be less happy than they would be if they could affirm their sense of justice. But here one can only say: their nature is their misfortune”. RAWLS, John, 1999. *Op. Cit.* p. 504.

<sup>68</sup> HONIG, Bonnie, 1993. *Op. Cit.* p. 99.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 103. En esta misma línea, Chantal Mouffe sostiene que la solución de Rawls “consiste en relegar el pluralismo y en trasladarlo a la esfera privada para asegurar el consenso en la esfera pública.” MOUFFE, Chantal. *El retorno de lo político. Comunidad, pluralismo, ciudadanía, democracia radical*. Barcelona; Paidós, 1999. P. 189.

<sup>70</sup> Sobre la comprensión de la pena como obligación política y el problema de la suerte moral constitutiva, véase BEADE, Gustavo y LORCA, Rocío, 2017. *Op. Cit.* pp. 149 y ss.

<sup>71</sup> En esta línea, MAÑALICH, Juan Pablo. “Merecimiento, distribución y teodicea. El derecho penal en la teoría rawlsiana de la justicia”. En: GREZ, P., WILENMANN J. y FUENZALIDA, P. (Coords.). *Una vida en la Universidad de Chile: celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés*. Santiago: Thomson Reuters, 2014. pp. 389-415. pp. 410 y ss.

<sup>72</sup> Entre otros, OLSARETTI, Serena. “Justice, Luck and Desert”. En: DRYZEK, J.S., HONIG, B. & PHILLIPS, A. (Eds.). *The Oxford Handbook of Political Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2008. pp. 439 y ss; COHEN, G.A. *On the Currency of Egalitarian Justice, and Other Essays in Political Philosophy*. Nueva Jersey: Princeton University Press, 2011. pp. 116 y ss.; QUERALT, Jahel, 2015. *Op. Cit.*

<sup>73</sup> Acerca de cómo el género, la raza y la clase social inciden en la configuración del carácter (suerte constitutiva): CARD, Claudia. *The Unnatural Lottery. Character and Moral Luck*. Philadelphia: Temple University Press, 1996.

inmerecida mala suerte.<sup>74</sup> Sobre la base de lo anterior se ha introducido la noción de neutralización de la suerte (*luck-neutralization*), respecto de la cual si bien no hay consenso, se refiere principalmente a la vía de otorgar igualdad de oportunidades.<sup>75</sup> La relevancia que exhibe para este trabajo esta noción de neutralización del azar se debe a que coincide en el objetivo de hacer primar el merecimiento frente a la suerte.

Sin embargo, la discusión acerca de la suerte, las loterías y el merecimiento ha tenido también un desarrollo a propósito de la incidencia de la suerte en la práctica del castigo penal, y en particular en relación a la suerte resultante, en tanto se ha entendido como una premisa que “la idea de merecimiento tiene como finalidad negar la suerte en el resultado”.<sup>76</sup> Muy relevante en este sentido, es la propuesta de David Lewis, quien, a propósito de la discusión entre el castigo diferenciado de la tentativa y la consumación, planteó la noción de “lotería penal”, la cual consiste en mirar el sistema penal como un sistema en el que el criminal está sujeto a un riesgo de sufrir un castigo penal: si gana la lotería, escapa del castigo, y si pierde, no lo hace.<sup>77</sup> En este sentido, el punto de Lewis se trata de, por así decirlo, “riesgo por riesgo”,<sup>78</sup> ya que dada la circunstancia de que el crimen es riesgoso en razón de la ocurrencia del resultado, se ajusta a él un castigo también riesgoso, en virtud de este sistema de lotería.

Respecto al carácter azaroso que tiene el acertar o fallar en la acción cometida, *v.gr.* causar la muerte de la víctima o no, para Lewis la única diferencia que ello genera es que en un caso la persona se convierte en asesino y el otro caso no, ya que en realidad realizan la misma acción en términos de la descripción extrínseca.<sup>79</sup> En razón de esto último, el merecimiento se ve satisfecho no porque el castigo más severo sea en sí merecido, sino que lo que es merecido es el riesgo de recibirlo, puesto que como señala el autor, al igual que quienes realizan actividades riesgosas como los astronautas o bomberos, los criminales son voluntarios.<sup>80</sup>

---

<sup>74</sup> ANDERSON, Elizabeth S. “What Is the Point of Equality?”. *Ethics*, vol. 109 (2): 287-337, 1999. pp. 287-288.

<sup>75</sup> Sobre el concepto de neutralización de la suerte, véase OLSARETTI, Serena. *Op. Cit.*, 2008. pp. 439 y ss. Sobre su discusión ulterior: HURLEY, Susana. *Justice, Luck and Knowledge*. Cambridge: Harvard University Press, 2003. pp. 149 y ss., COHEN, G.A., 2011. *Op. Cit.* pp. 116 y ss.

<sup>76</sup> BEADE, Gustavo, 2017. *Op. Cit.* p. 130.

<sup>77</sup> LEWIS, David. “The Punishment that Leaves Something to Chance”. *Philosophy & Public Affairs*, vol. 18 (1): 53-67, 1989. p. 58.

<sup>78</sup> *Ibid.* p. 60.

<sup>79</sup> *Ibid.* p. 56.

<sup>80</sup> *Ibid.* p. 62.

Por último, el autor sentencia que nuestra actual práctica de castigo es justa sólo si lo anteriormente descrito lo es,<sup>81</sup> puesto que aquella representa una forma encubierta de lotería penal, en palabras del autor:

We may think that the successful attempter suffers a worse fate because he is more guilty when he does a worse harm, rather than because he loses his lottery. But it is not so: his success is irrelevant to his guilt, his wickedness, his desert, and his sentence to face the lottery—exactly as the shortness of his straw would have been, had he been sentenced to the lottery by Straw.<sup>82</sup>

Lo anterior ciertamente no ha estado exento de críticas: Antony Duff, quien como fuera enunciado adscribe a la tesis de la diferencia, sostiene que la asignación de castigo propuesta por Lewis es injusta tanto desde un punto de vista consecuencialista como desde un punto de vista (puramente) retribucionista, puesto que no castiga en virtud de la culpabilidad, y en definitiva no soluciona el problema de las “ventajas injustas”.<sup>83</sup> Ello, pues en definitiva, si la lotería penal castiga a los perdedores más de lo que merecen, es injusto para ellos, y si castiga a los ganadores en menor medida de su merecimiento, es injusto para aquellos sobre quienes los ganadores se beneficiaron injustamente.<sup>84</sup>

Por último, Michael Moore también es crítico de la noción de lotería penal, pero desde una perspectiva diferente, en tanto señala que dicha propuesta constituye una (inteligente) distracción al problema.<sup>85</sup> Esto, pues, según el autor, la idea que hay detrás de la equivalencia del riesgo en el castigo al riesgo de causar daño depende de la asunción que no hay suerte moral en las consecuencias, lo cual se vuelve evidente al tomar en cuenta que Lewis no considera como posible que nuestro merecimiento esté en función de consecuencias que dependen de factores respecto de los cuales tenemos un control limitado, razón por la cual conecta el castigo con la culpabilidad y no con la incorrección del comportamiento. Por esto, es incapaz de establecer que merecemos más castigo por resultados que por riesgos, y por tanto su planteamiento sería, según Moore, irrelevante para el problema de la suerte moral.

---

<sup>81</sup> *Ibid.* p. 62.

<sup>82</sup> *Ibid.* p. 67.

<sup>83</sup> DUFF, R. A., 1990. *Op. Cit.* pp. 28-30.

<sup>84</sup> DUFF, R. A., 1990. *Op. Cit.* p. 30.

<sup>85</sup> MOORE, Michael S., 1997. *Op. Cit.* p. 210.

### 3.2. Preámbulo al merecimiento y la retribución

En lo que sigue será tratada la relación propiamente entre merecimiento y castigo penal, ya que bajo una teoría de la retribución como la que aquí será adoptada, la satisfacción de una exigencia de merecimiento constituye una premisa crucial para la justificación de la punición.

Sin embargo, han sido esgrimidos ciertos reparos a esta noción por generar confusiones. Tal es el caso de Beade, para quien el hecho que tanto defensores de la tesis de la equivalencia como de la diferencia han recurrido a aquella para sostener sus argumentos, denota una cierta vaguedad de esta, y además, considera que es inconveniente recurrir a ella en razón de la influencia de la suerte. Por ello, en definitiva el autor opta por relativizar la importancia del merecimiento, principalmente a través del trabajo de Rawls.<sup>86</sup>

El argumento que será propuesto aquí difiere de lo planteado por Beade, puesto que de modo contrario a abandonar o relativizar la noción de merecimiento, se buscará sostener su centralidad. La estrategia que será utilizada para ello, fue en parte anticipada en la sección inmediatamente anterior, referida a que resulta cuestionable la afirmación de que Rawls descartase o no tuviese un compromiso con el merecimiento, y lo que se tratará en lo que sigue consiste en profundizar en el contenido de la noción de merecimiento con el objeto de esclarecer esta y con ello, evitar dicha vaguedad denunciada por Beade, y mantener su plausibilidad como base de la responsabilidad jurídico-penal, aun teniendo en consideración la existencia de la suerte.

En esta empresa aclaratoria de la noción de merecimiento, será preciso retomar algunas nociones que han sido enunciadas precedentemente. En primer lugar, resulta oportuno echar mano a la contribución de Joel Feinberg para definir el “merecimiento personal”. En esta línea, el autor distingue el merecimiento propiamente tal, de la calificación institucional (*entitlement*), debido a que para este el merecimiento es una noción moral, en tanto es lógicamente anterior las instituciones públicas y sus reglas.<sup>87</sup> Además, el autor señala de que por sí el merecimiento no determina lo que es justo, sino que aquel está construido sobre la base de actitudes responsivas (*responsive attitudes*) - similares a las actitudes reactivas de Strawson- las cuales se hallan asociadas a instituciones que establecen procedimientos, mecanismos o condiciones que deben satisfacerse para la atribución de

---

<sup>86</sup> BEADE, Gustavo, 2017. *Op. Cit.* p. 28, pp. 111 y ss.

<sup>87</sup> FEINBERG, Joel. *Doing and Deserving. Essays in the Theory of Responsibility*. Nueva Jersey: Princeton University Press, 1970. p. 87



estas actitudes (*modes of treatment*). De esta forma los estos mecanismos, pueden consistir o bien en premios, los cuales hallan asociados actitudes responsivas tales como gratitud, apreciación, reconocimiento de mérito o bien, castigos, los cuales a su vez se vinculan al resentimiento, desaprobación y condena.<sup>88</sup>

Respecto a las formas de trato que las personas pueden merecer, Feinberg señala que pueden distinguirse tres condiciones para ello: *eligibility conditions*, *qualification conditions* y *desert bases*.<sup>89</sup> La crucial aquí es la noción de base de merecimiento, que responde a que el juicio de que una persona merece algo implica que hay algo ya sea una característica o actividad, dicha persona en virtud del cual merece un cierto, puesto que como el mismo autor señala, el merecimiento no es tal sino en referencia a una base.<sup>90</sup>

Volviendo a lo que fue dicho a propósito de la discusión de la relevancia del resultado,<sup>91</sup> es preciso considerar que la noción de merecimiento no es “vacía”,<sup>92</sup> sino que está referida a la conjunción de dos bases de merecimiento que fueron acuñadas por Moore: la culpabilidad y la incorrección. Si se consideran por tanto ambas bases de merecimiento, se despeja sustancialmente la vaguedad atribuida a la noción de merecimiento, puesto que aquella es incompatible con una posición subjetivista que niegue la responsabilidad jurídico-penal por las consecuencias de las acciones.<sup>93</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, ciertamente el merecimiento no solo importa una dimensión moral, sino que también cumple un rol relevante como noción jurídico-institucional, y particularmente tratándose de la imposición de la pena estatal, lo cual se vincula por un lado, a la decisión sobre si esta se impone, lo cual exhibe una conexión con el principio de inocencia, como también por otro lado, tiene incidencia en la severidad de la pena a ser impuesta, en el sentido del principio de proporcionalidad, lo cual se resume usualmente en la fórmula consistente en que la pena debe imponerse a quienes lo merecen en la medida de su merecimiento. Sin embargo, la definición del margen de estos dos elementos de la noción de merecimiento no está exenta de

---

<sup>88</sup> *Ibid.*

<sup>89</sup> *Ibid.* p. 58.

<sup>90</sup> *Ibid.*

<sup>91</sup> *Supra* I.2.3.

<sup>92</sup> Así MAÑALICH, Juan Pablo. “La pena como retribución”. *Estudios Públicos*, vol. 108: 117-205, 2007. p. 151.

<sup>93</sup> Como ya fue demostrado en *supra* I.2.3. la incorrección del comportamiento es una base independiente de merecimiento que incide en cuánto se castiga e incluso si se castiga.

debate, incluso dentro de las teorías retribucionistas de la pena -que se identifican por otorgar un lugar relevante al merecimiento-, siendo precisamente en virtud de ello que se distinguen dichas variantes, lo cual será tratado en el capítulo siguiente.

Ahora bien, recapitulando, la ya enunciada relación antagónica entre suerte y merecimiento, esto es, la comprensión de que la suerte es lo “no-merecido”, la pena -retributivamente entendida- no puede por tanto exhibir un carácter azaroso, puesto que el merecimiento constituye el estándar de imposición de esta. En este sentido, como ya fuere anunciada, una conclusión posible es la que sostiene Beade, consistente en que “admitir la importancia de la suerte implica señalar que el merecimiento no puede constituir el único criterio para construir nuestros juicios morales”.<sup>94</sup> Sin embargo, en lo sucesivo de este trabajo se explorará la plausibilidad de una vía que enfrente la suerte resultante desde una justificación retribucionista de la pena, y que por tanto mantenga la centralidad de la noción de merecimiento, a través de una forma de “neutralización” normativa de la suerte.

### 3.3. Suerte y castigo: el giro normativo

Como habrá podido notarse, la suerte tiene importantes consecuencias en el derecho y en particular en el derecho penal, siendo incluso el ejemplo paradigmático de la suerte en las consecuencias -i.e. castigo diferenciado o equivalente de la tentativa y consumación- uno que ciertamente funge como un caso de suerte jurídica. En esta línea, si bien resultan en gran medida aplicables las nociones anteriormente consideradas, cabe detenerse en algunas particularidades.

Acertadamente en este asunto, Enoch identifica que las preguntas que tienen lugar en sede de suerte legal o jurídica si bien están relacionadas, son distintas a las de la suerte moral. Lo anterior, puesto que tratándose de la suerte moral la pregunta es más bien conceptual, consistente en si existe o no tal cosa como una distinción moral en virtud de la incidencia del azar, mientras que, en el caso de la incidencia de la suerte en el derecho, la pregunta es normativa,<sup>95</sup> es decir, está referida a si *debiese* existir tal cosa como la suerte jurídica o más específicamente, suerte penal, puesto que estas de hecho existen.

Hay una distinción ulterior introducida por Enoch que resultará especialmente relevante aquí, entre la suerte jurídica propiamente tal (*legal luck*) y “mera” suerte con consecuencias jurídicas

---

<sup>94</sup> BEADE, Gustavo, 2017. *Óp. Cit.* p. 130.

<sup>95</sup> ENOCH, David. “Moral Luck and the Law”. *Philosophy Compass*, vol. 5: 42-54, 2010. p. 48.

(*plain luck with legal implications*).<sup>96</sup> Aquella clasificación atiende a si la suerte de la que se trata es *interna* al derecho, en el sentido de que es introducida por éste, como por ejemplo el sistema de distribución del castigo planteado por Lewis bajo la forma de una lotería penal, o bien, *externa* a aquel, siendo aquí el derecho sensible a circunstancias no jurídicas y por ende a la suerte,<sup>97</sup> respecto de la cual este puede prever, tolerar o rechazar, como en el caso de la diferencia o equivalencia de castigo para los delitos tentados y consumados.

Al respecto, Tobías Schleider, señala que este criterio introducido por Enoch no permite con claridad distinguir los casos entre suerte moral y penal, puesto que son muy restringidos los casos de suerte propiamente interna al derecho.<sup>98</sup> Sin embargo, para lo que en este trabajo importa, lo crucial será explorar las vías que puede tomar el derecho para reconocer o neutralizar -tomando en consideración la contraposición con el merecimiento ahora en nivel jurídico penal- un problema específico de suerte que tiene relevantes consecuencias penales: la *poena naturalis*. Es aquello lo que será abordado en lo que sigue.

#### 4. ¿*POENA NATURALIS* COMO (MALA) SUERTE?

##### 4.1. Algunas nociones sobre la *poena naturalis*

El objetivo de este trabajo, como fuere anunciado en la introducción, recae en la indagación acerca de la conexión del debate de la suerte moral y legal que ha sido presentado en las páginas precedentes, con el de la pena natural (*poena naturalis*). De modo preliminar aquí, serán anticipadas algunas nociones acerca de la pena natural, puesto que aquello será propiamente desarrollado en el capítulo siguiente.

Comúnmente en la literatura se toma como punto de partida a Kant, quien distingue entre la pena jurídica (*poena forensis*), es decir, aquella impuesta por el Estado, y la pena natural (*poena naturalis*), entendiendo por esta última aquella en que “el vicio se castiga a sí mismo”.<sup>99</sup> En razón de este “castigo”, en el sentido de un mal o padecimiento que sufre el autor de un delito, que cuenta

---

<sup>96</sup> ENOCH, David. “Luck Between Morality, Law, and Justice”. *Theoretical Inquiries in Law*, vol 9 (23): 23-59, 2007. pp. 28 y ss.

<sup>97</sup> SCHLEIDER, Tobías, 2011. *Op. Cit.* p. 269.

<sup>98</sup> *Ibid.* p. 270.

<sup>99</sup> KANT, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos, 2008. p. 166.

como pena “natural”, han sido desarrolladas y debatidas posibles formas de morigerar o dispensar la pena jurídica o “artificial” bajo distintas vías y justificaciones.<sup>100</sup>

Sin embargo, una de las complicaciones que presenta la posibilidad de reconocer operatividad jurídica a la *poena naturalis*, esto es, que tenga efecto sobre la pena artificial ya sea morigerando o dispensando aquella, es un problema demarcatorio, en relación a la determinación de las condiciones que debe exhibir el padecimiento para que pueda ser interpretado como una pena natural. Para enfrentar este “dilema definicional”,<sup>101</sup> se analizarán dos principios: el principio de clemencia y el principio de justicia. Ambos principios, no solo ofrecen definiciones disímiles, sino también divergen en las razones que fundamentan la operatividad, puesto que mientras que bajo el principio de clemencia se tendrá en consideración las consecuencias (*fenoménicas*) del mal *qua* pena natural en atención al agente que sufre este, tratándose del principio de justicia será crucial el padecimiento en sí en tanto pueda ser reinterpretado (institucionalmente) como punitivo, es decir, que sea *funcionalmente* equivalente a la pena jurídica. Bajo esta última comprensión, de equivalencia funcional, podría considerarse que de hecho, como sugiere Juan Pablo Mañalich: “no hay tal cosa como una *poena naturalis*”.<sup>102</sup>

Además, la adopción de un principio u otro, tiene relevantes consecuencias también respecto a la actitud que representan frente a la suerte, esto es, reconocerla o neutralizarla, lo cual será desarrollado pormenorizadamente con posterioridad.

#### 4.2. Auto-menoscabo como resultado

Ahora bien, el punto de contacto que tiene este problema con la suerte, dice relación que este mal o padecimiento *qua* pena natural que el responsable de un delito sufre como resultado del mismo o que exhibe alguna conexión con este, dependiendo del principio que se adopte para su comprensión, es un mal cuyo acaecimiento puede ser considerado azaroso, en tanto aquel no es plenamente controlable por el agente, o bien, en términos de Moore, su ocurrencia escapa del

---

<sup>100</sup> Véase: BOBADILLA, Carlos. “La “pena natural”: fundamentos, límites y posible aplicación en el derecho chileno”. *Política Criminal*, vol. 11 (22): 584-619, 2016.; RUIZ MIGUEL, Alfonso. “Gracia y justicia: el lugar de la clemencia (En torno a la pena natural)”. *Indret*, vol.2: 1-25, 2018.

<sup>101</sup> Un problema similar, fue identificado por Hart en relación a la discusión de la justificación de la pena, véase HART, H.L.A. *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008. Pp. 5 y ss.

<sup>102</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. *Estudios sobre la fundamentación y determinación de la pena*. Santiago: Thomson Reuters, 2018b. p. 35.

“estándar de normalidad”.<sup>103</sup> Puede considerarse en este sentido, sin entrar en detalles, el siguiente caso:

*X* e *Y* son hermanas, y ambas se encuentran en un vehículo conducido por *X*, quien por ir con cierta prisa por llegar al destino no se detiene pese a que el semáforo indicaba la luz roja, por lo que choca con otro vehículo. A causa del impacto *Y* muere.

Lo anterior puede ser comparado con un caso que en lo demás idéntico, la responsable de un delito semejante no sufra un mal de este calibre, en este caso la muerte de *Y*, como resultado de este. En este sentido, de reconocerse este padecimiento consistente en la muerte de *Y* como una pena “natural” que recayó sobre *X*, y conferirle operatividad jurídica, sería atribuir significación normativa a la “mala suerte” (resultante) de la autora, en tanto el padecimiento sufrido por ella fue azaroso en los sentidos precedentemente enunciados.

Además, si se adoptase la interpretación consistente en la equivalencia funcional de la pena natural, esto es, que esta sea considerada una pena, podría considerarse que al imponer la pena “artificial” correspondiente al delito, habría un “exceso punitivo” que estaría condicionado por la suerte. Lo que, de modo anticipatorio, volvería relevante la pregunta por la aplicación del principio *ne bis in idem*, en el sentido de la prohibición de que la persona autora del delito no sea sancionada dos veces por este.

En todo caso, se vuelven aquí relevantes las consideraciones que fueron tratadas precedentemente a propósito de la relación entre suerte resultante y merecimiento, puesto que el padecimiento que puede ser interpretado bajo aquella, debe ser identificada como consecuencia de su actuar, para lo cual es crucial tener en consideración ambas bases de merecimiento, *i.e.* incorrección y culpabilidad personal, lo cual denota que a *contrario sensu*, aquello no es posible de adoptarse una premisa subjetivista.

---

<sup>103</sup> *Supra* I.1.3.

### 4.3. ¿Suerte o merecimiento?

Quedando ya establecida la posibilidad de identificar a la *poena naturalis* como un caso de suerte resultante, es preciso no perder de vista otra distinción que fuere introducida precedentemente, la cual dice relación con el carácter interno o externo de la suerte respecto al derecho.

La *poena naturalis* puede contar como “suerte con consecuencias penales” en tanto se considere que, como su nombre lo sugiere, es un castigo en cierto sentido “suministrado por la naturaleza”, al cual el derecho puede reconocer o no operatividad, según la interpretación que este adopte de aquel. Lo crucial de reparar en esto último, radica esencialmente en el rol que puede jugar el derecho frente a esta circunstancia azarosa que si bien es externa a aquel hay buenas razones para que sea considerada por este. En este sentido, aquel puede o bien tolerarla o admitirla, esto es, reconocerla como tal, o bien “reprobar” su existencia, por la vía de neutralizarla haciendo primar otro criterio.

Ambas estrategias, ya sea de reconocimiento o neutralización del azar, tienen relevantes consecuencias en términos de merecimiento, como será abordado latamente con posterioridad. De modo anticipatorio, cabe tener en cuenta que la estrategia de reconocimiento del azar, esto es, que la operatividad de la pena natural se fundamente en virtud de este, tiene lugar generalmente en las vías propuestas por quienes adoptan un principio de clemencia, mientras que lo que se propondrá aquí será la construcción de una forma de neutralización consistente en una resignificación de la conexión que exhibe la pena natural con la responsabilidad del agente, que mantenga como central la noción de merecimiento, antes que la suerte.

## II. LA PENA NATURAL COMO PARADOJA

“El pastor siguió hablando un buen rato sobre aquello y yo me entretuve examinando las cofias de las damas que tenía delante y me dije que, si no podías alcanzar la Gracia Divina ni por medio de la oración ni de ninguna otra manera y ni siquiera podías saber si gozabas de ella o no, lo mejor que podías hacer era olvidarte de toda aquella cuestión y dedicarte a lo tuyo, pues tu condenación o tu salvación no eran asunto de tu incumbencia”

Alias Grace, Margaret Atwood

### 1. CONCEPTO Y FENOMENOLOGÍA DE LA PENA NATURAL

#### 1.1. La pena natural como fenómeno

En su ensayo *Some Questions of Moral Philosophy*, Hannah Arendt busca establecer una conexión entre una decisión de obrar bien o mal y las consecuencias de esa decisión que recaen en la propia vida del agente. Se trataría, en última instancia, en una decisión que toma el agente respecto a la “compañía”, es decir, metafóricamente, el tipo de persona en que al hacer el mal se convierte, es aquel con quien tendrá que compartir en intimidad el resto de su vida.<sup>104</sup> Para la comprensión de esta reflexión, resulta crucial atender a una de las paradojas enunciadas por Sócrates,<sup>105</sup> consistente en que sería mejor sufrir un mal que hacer el mal, la cual puede ser desarrollada del siguiente modo:

If you do wrong you live together with a wrongdoer, and while many prefer to do wrong for their own benefit rather than suffer wrong, no one will prefer to live together with a thief or a murderer or a liar.<sup>106</sup>

La noción de mal -el mal “auténtico”-, que resulta relevante en este análisis es aquel capaz de provocar en el agente la sensación de que “esto nunca debiese haber pasado”.<sup>107</sup> En efecto, la insistencia de Sócrates en identificar el mal como algo insoportable tiene que ver con su

---

<sup>104</sup> ARENDT, Hannah. *Responsibility and Judgment*. Nueva York: Schocken Books, 2003. p. 146.

<sup>105</sup> En efecto, de forma conjunta con esta paradoja el filósofo formuló otras dos: es mejor que el agente sea castigado a que no lo sea, y, el tirano que con impunidad realiza lo que le plazca es un hombre infeliz. *Ibid.* p. 82. Sobre la diferencia entre la paradoja de sufrir un mal y ser castigado, pp. 83 y s.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 91.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 75.

comprensión del agente como “persona moral”,<sup>108</sup> en particular en consideración a su capacidad de pensar, la cual le impide “escapar de sí mismo”.<sup>109</sup> En este sentido, el análisis del *dictum socrático* permite identificar y distinguir dos dimensiones fundamentales, a saber, la de la agencia y la paciencia: la primera, tiene que ver con lo que fuera esbozado previamente respecto a la relevancia de las acciones y los resultados de los agentes, en tanto como señala Hegel en el parágrafo §124: “El sujeto es una serie de acciones suyas”.<sup>110</sup> Es decir, si se sigue la metáfora contable respecto a la imputación, según la cual, imputar es poner algo en la cuenta de alguien, la adscripción de una acción configura en último término la identidad del sujeto, mostrada en su “estado de cuenta”.<sup>111</sup>

La segunda dimensión, servirá aquí como una aproximación al problema que fuera adelantado en el capítulo anterior, en el sentido de que el problema de la incidencia de la suerte en el caso de la pena natural radica en el menoscabo sufrido por el autor de un delito a resultas de este, en la medida en que este “resultado” se haya presentado como no controlable, no previsible o anormal, según cuál sea la noción de azar que se adopte. Esto quiere decir que ese desenlace deja al agente, irónicamente, en posición de *paciente* o “padeedor”.<sup>112</sup> Esta noción de sufrimiento está arraigada tanto en las primeras conceptualizaciones de la pena natural, a saber, la ya mencionada de Kant como pena suministrada por la naturaleza -distinta de la *poena forensis* impuesta por el tribunal- que el legislador no tiene en cuenta, y la referencia incluso anterior pero coincidente con Kant, de Thomas Hobbes con su noción de “castigo divino”, en tanto la subsume bajo la etiqueta de “Malas consecuencias naturales que *no son penas*”:<sup>113</sup>

[a]unque 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, no está contenido

---

<sup>108</sup> Esto puede ser incluso considerado una redundancia, pues es precisamente en virtud de sus cualidades morales que se distingue lo constitutivo de ser una *persona*, de sólo un ser humano.

<sup>109</sup> En este sentido, el *dictum socrático* puede ser reformulado en los siguientes términos: “if I do wrong I am condemned to live together with a wrongdoer in an unbearable intimacy; I can never get rid of him”. *Ibid.*, p. 90.

<sup>110</sup> HEGEL, G.W.F., 2017. *Op. Cit.* p. 138.

<sup>111</sup> Al respecto, FEINBERG, Joel, 1970. *Op. Cit.* pp. 124 y ss. MAÑALICH, Juan Pablo. “El concepto de acción y el lenguaje de la imputación”. En: ORMEÑO, J., *Acciones, razones y agentes. Ensayos sobre teoría de la acción e imputabilidad jurídica y moral*. Santiago: LOM Ediciones, 2016. pp. 55-95.

<sup>112</sup> Así, Jaime Malamud, siguiendo a Hannah Arendt distingue entre hacedores y padecedores en relación a la afectación de la buena o mala suerte. Véase: MALAMUD, Jaime. *Suerte, acción y responsabilidad: un ensayo sobre suerte, moralidad y castigo*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2008.

<sup>113</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2017. p. 250. [cursivas añadidas]



bajo la denominación de pena con respecto a los hombres, porque no es infligido por la autoridad de éstos.<sup>114</sup>

Dichas referencias parecen subyacer también al adagio popular según el cual “Dios castiga, pero no a palos”, cuando de forma temporalmente posterior a decir o hacer algo considerado “malo”, le ocurre algo a la persona como un tropiezo o algo similar considerado un “castigo” como una consecuencia de su accionar.

Ahora bien, es preciso explicar qué vuelve incompatible la distinción entre agencia y paciencia tratándose de la pena natural, teniendo en cuenta que esta institución es una que se basa fundamentalmente en la consideración del autor en su dimensión de paciente. Esto dice relación con la incidencia de la (mala) suerte resultante en el sentido que fue adelantado en el capítulo anterior, es decir, el desenlace lesivo no se presentaba bajo el control, previsión o curso de normalidad seguido por este, lo cual es incompatible con que el autor tuviese control *agencial* sobre dicha consecuencia, puesto que, como se verá más adelante, ella le sería imputable y no tendría cabida la pena natural.

Para avanzar, es preciso explorar con mayor detenimiento esta noción de sufrimiento en el sentido de un auto-menoscabo, para así poder delimitar el concepto y la eficacia normativa de la institución. Para esto, será analizado un conjunto de casos en los que pudiera ser reconocible una pena natural:<sup>115</sup>

- [1] R se encuentra en un asado familiar donde ingiere una cantidad excesiva de alcohol, por lo que se dirige a dormir. Durante su reposo, recibe un llamado de su hija S, quien se encuentra en la salida de una discoteca, en el que le pide que la vaya a buscar. R se resiste en primera instancia a salir, sugiriendo a su hija que tome un taxi, pero finalmente accede y se dirige en su automóvil a recogerla. En el camino de regreso,

---

<sup>114</sup> *Ibíd.*

<sup>115</sup> Este reconocimiento a la pena natural está considerado en sentido amplio, dado que no es tan vasta la tematización del problema como tal, sino que algunos trabajos lo hacen implícitamente a través de la consideración de casos en que es plausible preguntarse por la remisión de la pena estatal, como los casos que son identificados bajo la etiqueta “*already suffering enough*” en la literatura anglosajona. Sobre esto último, véase MURPHY MURPHY, Jeffrie. “Forgiveness and Resentment”. *En*: MURPHY, J.G. & HAMPTON, H. *Forgiveness and Resentment*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998a. pp. 14-34. pp. 26 y ss.; HUSAK, Douglas. *The Philosophy of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010. pp. 433-449.; y SMART, Alwynne. “Mercy”. *Philosophy*, vol. 43 (166): 345-359, 1968. pp. 348 y ss.

*R* pierde el control del vehículo, siente un fuerte golpe y despierta con su hija *S* sin vida a su lado.

- [2] *Z*, un joven anarquista porta un artefacto explosivo con la intención de que surta efecto en una sucursal bancaria. Sin embargo, se activa el mecanismo de relojería que debía hacer estallar el artefacto de manera precipitada, lo que termina produciendo la pérdida de manos y de la vista de *Z*.
- [3] *T* se encuentra en un minimercado de barrio, donde apunta al cajero *V* con una pistola exigiéndole entregarle el dinero de la caja, lo cual *V* efectivamente hace. Al salir del local, *T* es detenido por *W*, un ex carabiniero que fuera expulsado de la institución por problemas de control de la ira, quien le hace una llave y posteriormente, con la ayuda de algunos vecinos, lo amarra a un poste, donde le es propinada una golpiza.
- [4] *M* ha vivido desde que nació en el SENAME, sufriendo maltrato en él, y bullying en los colegios a los que asistió. En su trabajo, su jefe *K* se burló de él por su actitud solitaria, a lo cual *M* respondió con un empujón, que tumbó a *K* de manera tal que provocó su caída contra el vidrio de una ventana cercana, causándole una lesión en la cabeza que lo dejó inconsciente y tras días de hospitalización le fue diagnosticada muerte cerebral.
- [5] *J* es una mujer que comete homicidio contra su marido, y por dicha circunstancia la situación tiene una cobertura mediática importante, siendo públicamente reprochada, consecuencia de lo cual recibe amenazas constantes.
- [6] *G*, ferviente defensor de la opción del rechazo del plebiscito constitucional, hiere de gravedad a su amigo *H* en medio de una acalorada discusión al respecto. Como consecuencia de la lesión provocada por *G*, *H* termina en el hospital con riesgo de perder la capacidad de caminar. Al enterarse de la condición de *H*, *G* intenta suicidarse sin éxito.
- [7] *F* es líder de un masivo movimiento social y fue condenado por el delito de robo. Sin embargo, la imposición de la pena privativa de libertad correspondiente

provocará un estallido social de magnitud por el apoyo que tiene y la convicción por parte de sus seguidores de que “todos los presos son políticos”.

- [8] *U* es el sostén económico de su familia, compuesta por ella, su marido y sus 9 hijos; la pena privativa de libertad que ella debe cumplir, por haber perpetrado reiteradamente, una serie de hurtos en el último año, le impedirá seguir trabajando, lo cual significará un considerable perjuicio económico para el grupo familiar.
- [9] *V* regresa a su país de su viaje por Europa, en medio de la pandemia sanitaria por el virus covid-19, por lo que hay una alta probabilidad que sea portador del virus, por lo que debe realizar cuarentena de 14 días. Sin embargo, decide de todas formas asistir al matrimonio de su prima *W*, al cual concurre un número considerable de familiares. Días después, el tío de *V*, *Q* muere por consecuencia del contagio del virus.

De la revisión preliminar de los casos puede sin mayor dificultad derivarse que el denominador común de todos ellos está constituido por un componente aflictivo,<sup>116</sup> que se manifiesta de distintas formas, ya sea bajo la categoría de heterolesiones o lesiones infligidas a terceros por parte del autor como el caso [1] y de forma algo más compleja, el caso [9]; lesiones autoinfligidas por el autor, ya sean “naturales” como el caso [2], o voluntarias como el caso [6]; lesiones infligidas por parte terceros al autor, como son los casos [3], [4] y [5]; y por último, aquellos en que vienen en consideración las consecuencias que puede provocar el delito en la familia, como [7] y [8]. En definitiva, hay un amplio rango de casos que han llegado a ser considerados como pena natural, lo que sin duda significa una dificultad tanto para su demarcación como para su operatividad, por lo que en seguida se abordará dicho problema, abordándose ulteriores distinciones entre ellos.

## 1.2. Dos interpretaciones

Como fuere anticipado, una segunda cuestión relevante para el estudio de la pena natural es la definición de este último concepto. Como se anticipará en el capítulo anterior, ello entraña una dificultad similar al de la discusión sobre el significado de pena, donde Hart identificó una barrera

---

<sup>116</sup> Esfuerzos anteriores por clasificar la pena natural responden generalmente a este componente aflictivo, véase por ejemplo las clasificaciones de BOBADILLA, Carlos, 2016. pp. 553-557.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “¿Puede considerarse el remordimiento una “poena naturalis”?”. *InDret Penal* vol. 3: 1-3, 2014. p. 2.

definicional, en tanto a partir de su definición -entendiendo por ella el conjunto de condiciones necesarias y suficientes- resultaban excluidas una o más teorías que pretendían justificar la institución.<sup>117</sup> En el caso de la pena natural, tampoco podemos servirnos de un concepto unívoco, pues dependiendo de, como fuere anticipado, la adopción cual principio se adopte para su interpretación, variarán sus elementos distintivos. Sin embargo, de forma contraria a proponer de inmediato un conjunto de condiciones necesarias y suficientes, serán propuestos aquí dos conceptos interpretativos cuyo rendimiento será objeto de análisis en el desarrollo de este trabajo, pues, siguiendo a Beling: “el concepto y la esencia de la pena deben recién obtenerse como resultado de la investigación: ellos representan su punto de llegada, no su punto de partida”,<sup>118</sup>

Por un lado, se entenderá por un *concepto fenoménico*, aquel concepto amplio que está en condiciones de integrar las manifestaciones que fueron enunciadas en la sección anterior, ya que aquí opera la aflictividad como criterio suficiente. Es decir, aquí lo crucial es el mal padecido por el agente, lo cual da lugar a la pregunta por la dispensa de la pena, sin tener necesariamente en consideración otras variables que limiten su operatividad.

En relación a lo último radica su amplitud, que puede ser problemática en ciertos casos, ya que no restringe la relación con el delito o la responsabilidad del autor. Ejemplo de ello podría ser el caso en que reviste relevancia el historial del autor, como el caso [4], pues puede ser considerado en definitiva un padecimiento azaroso, aunque sea anterior al delito y no tenga relación directa con la comisión este;<sup>119</sup> también presenta dificultades la admisibilidad de los males provocados por terceros, que a su vez podrían ser constitutivos de delito como los linchamientos (caso [3]) o no, como el caso de la estigmatización (caso [5]), ya que son casos que ponen en tensión los límites entre la venganza y la pena estatal; los casos de remordimiento, como el caso [6] también son objeto de discusión, pues aquí el autor funge en su dimensión de agente y no de paciente; y por último, los casos [7], [8] y [9] también resultan discutibles en razón de la relevancia típica de la consecuencia. Si bien estos casos serán retomados a lo largo de este trabajo, preliminarmente puede deducirse que la amplitud se explica porque bajo este concepto el padecimiento azaroso no solo cumple un rol

---

<sup>117</sup> HART, H.L.A., 2008. *Op. Cit.* pp. 5-6.

<sup>118</sup> BELING, Ernst, *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*. Leipzig: Wilhelm Engelmann, 1908. p. 4. MAÑALICH, Juan Pablo, 2018b. *Op. Cit.* p. 34.

<sup>119</sup> Ello escapa incluso la comprensión de la pena natural como un caso de suerte resultante, ya que de lo que se trataría es de suerte constitutiva, lo cual excede el marco de análisis de este trabajo, pero puede verse un análisis puesto en relación con el así llamado *determinismo fuerte* en DUFF, R.A. “The Intrusion of Mercy”. *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 4: 361-387, 2007. pp. 375 y ss.

identificatorio o interpretativo, sino también de fundamentación, es decir, la dispensa de la pena es en razón de esta mala suerte traducida en el sufrimiento del autor.

Un *concepto funcional*, en cambio, supone restringir el ámbito de aplicación, en tanto semejante concepto impone la satisfacción de otras condiciones para que el padecimiento en cuestión sea interpretado como una pena. Mientras que bajo un concepto fenoménico de pena natural el énfasis está puesto en la aflicción, es decir, en el sufrimiento que ha recaído sobre la autora, en este segundo concepto aquello debe verse limitado primero por la verificación de un componente de causalidad. Este componente determina que ese desenlace lesivo lo sea en una forma de auto-menoscabo, en tanto este resulta ser una consecuencia de la propia acción de la autora, como pueden ser *prima facie* solo los casos [1] y [2] en tanto son subsumibles bajo esta noción por ser menoscabos que afectan a los autores, así como también, en segundo lugar, debido a la consideración de los criterios de imputación subjetiva.

La introducción de estos criterios -de causalidad e imputación subjetiva-, corresponden a componentes de la teoría del hecho punible, ya que permiten poder afirmar la responsabilidad del agente por un determinado resultado delictivo, y en el caso de la pena natural, el desencadenamiento de una consecuencia autolesiva puede ser interpretada como un castigo merecido para el resultado delictivo que él condicionó imputablemente. Así, ambos casos permiten identificar claramente las dimensiones entre agencia y paciencia, siendo la primera condición para el reconocimiento de significación punitiva de la segunda, pues que merezca un castigo permite interpretar la aflicción como un castigo que “el mundo” o la “naturaleza” devolvió al autor. Esto permite sostener una reinterpretación normativa del padecimiento *qua* pena natural como una pena, bajo la cual a diferencia del concepto fenoménico la dispensa no se debe al padecimiento azaroso en sí, sino a razones retributivas.

### **1.3. Raíces del dilema definicional**

La naturaleza esencialmente equívoca del concepto de pena natural responde a la radical sensibilidad del concepto a la fundamentación de su reconocimiento como tal. Para enfrentar dicho problema se explorarán los fundamentos alternativos que se condicen con los principios de por un lado la clemencia, y por otro la justicia punitiva.

En los términos de la sección anterior, el concepto fenoménico se corresponde con el principio de clemencia en tanto la dispensa es entendida *en razón* del padecimiento azaroso que hace justificable una actitud misericordiosa para con el autor. En cambio, el concepto funcional se ajusta al principio de justicia punitiva en la medida en que resultan aplicables sus consideraciones, tanto sustantivas como procedimentales, para delimitarlo y hacerlo operativo. En este sentido, se analizarán bajo que teorías de la justificación de la pena hay más espacio para dicho reconocimiento normativo, sin sacrificar la centralidad del merecimiento que pone en cuestión el reconocimiento de la suerte. Por tanto, y considerando especialmente esto último, la operatividad bajo el segundo principio, a diferencia del primero, sería en cierto sentido *a pesar* del carácter azaroso, ya que se neutraliza este carácter, en tanto se atribuye significación punitiva al desenlace autolesivo, lo que permite reinterpretarlo normativamente, y de forma compatible con la justificación de la pena (retributivamente entendida).

De modo preliminar, la decisión de enlazar en esta tensión al principio de justicia punitiva con la justificación retributiva de la pena se debe a dos razones principales: en primer lugar, resulta útil para el contraste entre los principios enunciados dado que las justificaciones consecuencialistas, y más precisamente, las utilitaristas,<sup>120</sup> tienen problemas para enfrentar este problema que Zaibert identifica como un “conflicto de valores” entre la justicia y la empatía.<sup>121</sup> Esto, porque, al concederle espacio a la clemencia, esta amenaza al castigo, y viceversa. En segundo lugar, esta interpretación, por la centralidad que le otorga a la noción de merecimiento -pese a diferencias entre retribucionismo moral y jurídico que se verán más adelante-, se ajusta a la solución de neutralización normativa del azar que será propuesta en este trabajo.

## 2. LA TENSIÓN ENTRE GRACIA Y JUSTICIA

### 2.1. La paradoja de la gracia

El análisis de la tensión de los principios de gracia y justicia como fundamentos alternativos de la operatividad de la *poena naturalis*, arrancará a partir de la examinación crítica de tres paradojas que

---

<sup>120</sup> Sobre la distinción entre consecuencialismo y utilitarismo, véase BERMAN, Mitchell N. “Two Kinds of Retributivism”. En: DUFF, R.A. y GREEN, S.P. *Philosophical Foundations of Criminal Law*. Nueva York: Oxford University Press, 2011. pp. 433-457.

<sup>121</sup> ZAIBERT, Leo. *Rethinking punishment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 24.

se conectan al problema de la pena natural, ya sea directa o indirectamente. De forma directa, se vincula aquella que dice relación con la que Alfonso Ruiz Miguel enuncia de la forma que sigue:

(1) [s]i es pena no es natural. Y si es natural no es pena, y solo si la vemos como pena podemos relacionarla con la justicia, y ulteriormente, proponer su compensación con la pena jurídica.<sup>122</sup>

Esta paradoja resulta cuestionable en al menos dos sentidos. Lo es, en primer lugar, en atención a la relación -incompatible, según Ruiz Miguel- entre el carácter natural, por un lado y punitivo (jurídicamente entendido), por otro, que exhibe conjuntamente a primera vista la llamada pena natural, ya que esta incompatibilidad nace del rechazo de la posibilidad de poder (re)interpretar a la pena “natural” como pena. Este rechazo, representa una toma de posición respecto a los principios previamente enunciados a través de la negación de la plausibilidad del principio de justicia punitiva, por la vía de hacer prevalecer su carácter “natural”. Este último, se corresponde con la dimensión de sufrimiento que fue abordada anteriormente, por lo que puede concluirse de forma preliminar que este razonamiento favorece una noción fenoménica de pena natural.

Ahora bien, un segundo cuestionamiento surge en consideración a un problema que es también intrínseco a favorecer la operatividad de la institución de la clemencia -sobre la justicia punitiva-, que dice relación con el lugar que ocupa esta respecto a la justicia, es decir, sobre su carácter interno o externo a esta.<sup>123</sup> Esto da lugar a una segunda paradoja, que ha sido latamente debatida en la literatura y de la cual se ocupará la sección siguiente. Ruiz Miguel la formula de la siguiente forma:

(2) La previsión legal de una atenuante por pena natural tendría un efecto en cierto modo paradójico: el motivo de clemencia, cuyo rasgo formal original era la compasión gratuita o no debida, por el hecho de someterlo a una regla jurídica se transforma formalmente en un criterio de justicia.<sup>124</sup>

---

<sup>122</sup> RUIZ MIGUEL, Alfonso, 2018. *Op. Cit.* p. 9. [enumeración añadida]

<sup>123</sup> Ciertamente la distinción entre el carácter interno y externo de la clemencia es una de las formas de abordar la cuestión, y hace referencia principalmente al debate entre Antony Duff y John Tasioulas, véase DUFF, R.A., 2007. *Op. Cit.* y TASILOULAS, John. “Mercy”. *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series*, vol. 103: 101-132, 2003. La cuestión ha sido también planteada en torno al carácter autónomo (o no) de la clemencia como virtud, o bien su carácter redundante o injusto. Véase MURPHY, Jeffrie. “Mercy and Legal Justice”. *En: MURPHY, J.G. & HAMPTON, J., Forgiveness and Mercy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998c. pp. 162-186. ANSELM, Saint Archbishop of Canterbury. *The Major Works*. Oxford: Oxford University Press, 1998. Sobre su análisis bajo la paradoja del Rey Midas, véase *infra* III.1. Pese a que estas perspectivas a mi parecer responden al mismo problema, para efectos del análisis serán expuestas separadamente en la sección siguiente.

<sup>124</sup> RUIZ MIGUEL, Alfonso, 2018. *Op. Cit.* p. 16. [enumeración añadida]

La tercera paradoja, de la cual se ocupará en adelante la presente sección, se encuentra íntimamente relacionada con la segunda, ya que concierne a la relación entre la gracia y la justicia, entendido el concepto de gracia como uno más amplio que el de la clemencia. Aquella fue tratada por Anselmo de Canterbury en el capítulo IX de su *Proslogión*.<sup>125</sup> En palabras de Anselmo:

(3) But if it can be comprehended in any way why you can will to save the wicked, yet by no consideration can we comprehend why, of those who are alike wicked, you save some rather than other, through supreme goodness, and why you condemn the latter, rather than the former, through *supreme justice*.<sup>126</sup>

Jeffrie Murphy interpreta esta paradoja como la de “igualdad de protección” (*equal protection*), que manifestaría la preocupación por el carácter arbitrario -o más aún, caprichoso- de la gracia, en el sentido de que, si resulta aplicable la clemencia en un caso con determinadas características, esta aplicación se volvería un requerimiento racional respecto a casos con similares características. Sin embargo, Murphy rechaza esta conclusión puesto que estima que comprender la gracia como una obligación o requerimiento resulta contrario a su naturaleza esencialmente gratuita, que supone que ésta debe ser aplicada cuando se estime que hay buenas razones para ello.<sup>127</sup>

También en la línea de reconocer este carácter gratuito, pero de una forma más crítica, Kant es categórico en esta materia:

El derecho de gracia (*ius aggratiandi*) para con el criminal, ya sea de atenuación o de liberación completa de la pena, es el más obscuro entre todos los derechos del soberano, que demuestra así el brillo de su soberanía cometiendo, sin embargo, injusticia en grado sumo.<sup>128</sup>

Que la gracia entonces constituya derechamente una injusticia se debe, siguiendo a Kant, a que “cada liberación gratuita de una pena jurídicamente merecida resulta, *ex definitione*, retributivamente injusta”.<sup>129</sup> Esto, dado que su aplicación implica que se renuncia a imponer el castigo que el autor

---

<sup>125</sup> Aquí sugiero, excepcionalmente, entender al perdón como sinónimo de clemencia, siguiendo la versión del texto en inglés: “How the all-just and supremely just One spares the wicked and justly has *mercy* on the wicked” ANSELM, Saint Archbishop of Canterbury, 1998. *Op. Cit.* p. 91. [cursivas añadidas]. Las diferencias entre las instituciones de la clemencia y el perdón serán abordadas en la siguiente sección del capítulo, *Infra* II.2.2.

<sup>126</sup> MURPHY, Jeffrie 1998c. *Op. Cit.* p. 180. [enumeración añadida]

<sup>127</sup> *Ibid.* p. 181.

<sup>128</sup> KANT, Immanuel. *Die Metaphysik der Sitten, Werksausgabe*, tomo VIII. Frankfurt/Main: Suhrkamp, 1977. p. 459, según la traducción de MAÑALICH, Juan Pablo. *Terror, pena y amnistía*. Santiago: Flandes Indiano, 2010. p. 110.

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 133.



merece por su comportamiento. De esta forma, se deriva la incompatibilidad de la gracia con la justicia retributiva, la cual puede resumirse del siguiente modo:

Un acto de gracia por el cual se renuncia a una punición jurídicamente fundamentada no puede interpretarse como una instancia de realización de la justicia retributiva porque su efecto es, precisamente, remover las consecuencias jurídicas de un hecho que resultan merecidas desde el punto de vista de la justicia tal como esta se halla institucionalmente justificada.<sup>130</sup>

Mañalich, por su parte, pone el foco en la asimetría, representada en la paradoja, entre la justicia humana, la cual se satisface con el castigo de los malos y la absolución de los buenos, y la justicia divina, en la que puede darse la situación que enuncia Anselmo, de perdonar a los malos, sólo porque Dios lo quiere, ya que ello define lo justo en este nivel.<sup>131</sup> Esto último se relaciona con que no hay ningún patrón o criterio general que pueda aplicarse al ejercicio de la gracia,<sup>132</sup> y ello implica retomar el problema que descarta Murphy, respecto a la falta de igualdad o más aún, discrecionalidad, puesto que aquí a los “igualmente malos” se les puede ser impuestas dos respuestas distintas, a saber, la punición o la liberación de pena. Pero lo que realmente vuelve problemático el asunto es que aquellas respuestas -la pena y la dispensa gratuita de ella-, no constituyen formas de respuesta equivalentes, en tanto la gracia funge esencialmente como una no-respuesta o renuncia que, en términos de la incompatibilidad de la justicia retributiva enunciada anteriormente se expresa en tanto se remueven las consecuencias jurídicas que resultan merecidas por un hecho.<sup>133</sup>

## 2.2. La clemencia como forma de gracia

La gracia, en el sentido anteriormente expuesto, es entendida fundamentalmente como una facultad del soberano que reside en una autoridad y cuyo ejercicio es esencialmente gratuito, en tanto no se encuentra sujeto a patrón de comportamiento alguno. Ahora bien, autores como Alfonso Ruiz Miguel, rechazando esta concepción tradicional, en pos de la subsistencia de la justificación de este principio, favorece un análisis que lo subdistingue en relación a tres concreciones: equidad,

---

<sup>130</sup> *Ibid.*, p. 117.

<sup>131</sup> Así Mañalich: “Lo que se esconde detrás de esta asimetría es que el único estándar de justicia divina es puesto por Dios mismo, y por eso Dios perdona, desviándose del estándar de justicia humana, “para ser digno de sí”. Por ello, en el castigo y en el perdón, Dios sólo es justo conforme a sí mismo, “puesto que no es justo que se salven los que tú quieres condenar, ni es justo que se condenen los que quieres perdonar. Pues solo es justo lo que tú quieres, e injusto lo que tú no quieres” (Anselmo XI)” *Ibid.*, p. 127.

<sup>132</sup> *Ibid.*, p. 127.

<sup>133</sup> *Ibid.*, pp. 127-128.

clemencia y utilidad pública. De esta forma, él asocia el análisis de la operatividad de la clemencia como forma de la gracia, por un lado, con el problema de la *poena naturalis*, por otro, en tanto define la primera como aquella que “induce a moderar o a perdonar a alguien su delito más allá o al margen de las razones de justicia que le hacen merecedor de una determinada pena”.<sup>134</sup> En lo sucesivo se seguirá el análisis considerando la relación entre la clemencia y la pena natural, pero desde un punto de vista más escéptico de la distancia -o superación- entre la clemencia y la discrecionalidad atribuida a la gracia.

Para partir, es necesario precisar la definición de clemencia que brinda Ruiz Miguel, pese a que esta resulta relativamente pacífica en la literatura. La definición que será tenida en cuenta en lo que sigue es la ofrecida por Jeffrie Murphy. Según este, la clemencia consistiría en otorgar un tratamiento menos severo que el que comparativamente otorga el derecho a través de distintas reglas,<sup>135</sup> en este caso, se trataría de una dispensa parcial o total de la pena que correspondería al delito según las normas respectivas. Para complementar esta definición, resulta útil echar mano a tres elementos o condiciones que el mismo autor identifica que concurren en los casos que pueden ser considerados de clemencia:

- (1) Some notion of just or rightful authority,
- (2) some notion of the supplicant's having fallen afoul of certain public rules, and
- (3) the consideration of a certain external action.<sup>136</sup>

Esta propuesta de conceptualización ofrecida por Murphy no solo cumple un rol *positivo*, en el sentido de proveer un criterio interpretativo para reconocer cuando estamos en presencia de un ejercicio de clemencia, sino también uno *negativo* o demarcatorio, en cuanto así se logra diferenciar la especificidad de esta institución respecto a otras formas similares que se aproximan a ella, y que usualmente son analogadas en cuanto comparten un fundamento nuclear común.<sup>137</sup> Así, Murphy sostiene la necesidad de diferenciar la clemencia del perdón en virtud de varios motivos, dentro de los cuales fungen como especialmente relevantes la centralidad de la noción de autoridad, puesto que ello permite concluir que de forma similar a la gracia este constituye un “ejercicio de soberanía”. Por otro lado, se halla la circunstancia de que, a diferencia de otras formas de gracia, como el

---

<sup>134</sup> RUIZ MIGUEL, Alfonso, 2013. *Op. Cit.* p. 2.

<sup>135</sup> MURPHY, Jeffrie, 1998a. *Op. Cit.* p. 20

<sup>136</sup> *Ibid.* p. 20. [enumeración añadida].

<sup>137</sup> Por ejemplo, Zaibert opta por entenderlos como sinónimos en tanto “*suffering-diminution*”. ZAIBERT, Leo, 2018. *Op. Cit.* p. 3.

perdón, la clemencia implica necesariamente la realización de una acción, mientras que el perdón es un “cambio de corazón” y vinculado con esto último cabe considerar el rol de las emociones (o pasiones): mientras que el perdón se identifica por la superación de ciertas emociones como el resentimiento o el odio, la clemencia opera en razón de ciertas emociones como el amor o la compasión.<sup>138</sup>

Ahora bien, esto último no resulta tan definitivo, puesto que bien pueden ser interpretadas como dos caras de la misma moneda. Al operar la institución en razón de dichas emociones compasivas, quedarían en suspenso emociones de otra clase, que podrían ser llamadas “punitivas”. Por ello podría concluirse, de nuevo, que existe una estrecha cercanía entre el perdón y la clemencia, subsistiendo como único rasgo relevante para distinguirlas el nivel en que operan, correspondiendo el perdón a un nivel más intersubjetivo, mientras que en la clemencia es la autoridad judicial quien materializa la decisión, y es por ello que quizás resulta más problemática esta institución. Y es en virtud de este punto que resulta cuestionable la identificación de la circunstancia de haber sufrido lo suficiente (*enough suffering*) -que resulta fácilmente asimilable a lo que se ha entendido como pena natural- como un caso de perdón y no de clemencia,<sup>139</sup> el cual el autor justifica del modo consistente en que dado que ya ha sufrido suficiente no resultan apropiadas las emociones de resentimiento propias de la inculpación, lo cual como fuera enunciado previamente, a *contrario sensu* puede entenderse como un ejercicio compasivo, y si adquiere operatividad normativa en una decisión judicial en el sentido de por esta circunstancia tratar menos severamente al autor, en definitiva puede contar como un caso de clemencia.

Por último, no deja de ser interesante que, pese a diferencias en múltiples puntos entre Jeffrie Murphy y Jean Hampton abordados en su libro *Forgiveness and Mercy*, sobre todo respecto al retribucionismo y sus emociones asociadas, como el resentimiento y el odio -donde mientras que la autora rechaza dichas emociones punitivas, el primero realice una defensa a la permisibilidad de lo

---

<sup>138</sup> Así Murphy: “there is a sense, however, in which mercy may be the legal analogue of forgiveness with this difference: Forgiveness involves the *overcoming* of certain passions (resentment, hatred) when they are inappropriate, whereas mercy involves acting in a certain way *because of* certain passions (love, compassion)”. MURPHY, Jeffrie, 1998a. *Op. Cit.* p. 34.

<sup>139</sup> Este se inserta junto con una serie de casos, entre ellos los buenos motivos, la humillación y la consideración a los “viejos tiempos”, los cuales Murphy identifica como instancias de perdón distinguiéndolos del arrepentimiento. MURPHY, Jeffrie 1998a, p. 26 y ss. Sobre la conexión fundamental entre el arrepentimiento o remordimiento y la pena natural véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Op. Cit.* pp. 1-3.

que identifica como una forma “retributiva” de odio,<sup>140</sup> la clemencia aun siendo entendido como un espacio de afloramiento de emociones compasivas parece ser un espacio de cercanía entre ambos.<sup>141</sup>

En esta línea, una forma similar de mirar el asunto en relación con la relevancia que se le otorga a las emociones, aunque presentando mayor cercanía a Hampton por su rechazo al retribucionismo, es ofrecida por Martha Nussbaum. La autora, en su reciente libro *La ira y el perdón*, enmarca la operatividad de la clemencia en la construcción de su propuesta denominada *ira transicional*, en la cual “existe indignación por el mal cometido, pero un espíritu generoso ocupa el lugar de uno simplemente punitivo.”<sup>142</sup> Aquella supuesta solución, y para lo que aquí importa, es criticable desde dos vértices: primero, porque su propuesta se elabora sobre la base de la equiparación de la retribución a la venganza,<sup>143</sup> cuando resulta ser no solo plausible sino que necesario distinguirlas, como será abordado propiamente más adelante.<sup>144</sup> Y segundo, porque su variante de la teoría cognitivo-evaluativa de las emociones,<sup>145</sup> es susceptible de derivar en una super-intelectualización de estas. Esto último, pues ella supone una neutralización de ciertas emociones y actitudes que son inherentes a las prácticas de atribución de responsabilidad, como el resentimiento,<sup>146</sup> para que emerjan en cambio otras emociones que favorezcan respuestas compasivas.<sup>147</sup> Aquello evidentemente coincide con la comprensión que Murphy y Hampton tienen de la clemencia, y será retomado en el capítulo siguiente a propósito de las consecuencias

---

<sup>140</sup> MURPHY, Jeffrie. “Hatred: a qualified defense”. *En*: MURPHY, J.G. & HAMPTON, J. *Forgiveness and Mercy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998b. pp. 88-110.

<sup>141</sup> Véase HAMPTON, Jean. “The retributive idea”. *En*: MURPHY, J.G. & HAMPTON, J. *Forgiveness and Mercy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998b. pp. 111-165., y MURPHY, Jeffrie, 1998c. *Op. Cit.* p. 162.

<sup>142</sup> NUSSBAUM, Martha. *La ira y el perdón. Resentimiento, generosidad, justicia*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2018. p. 322.

<sup>143</sup> Incluso ha sido considerado como una debilidad de su propuesta basarse en tal versión caricaturesca de la justificación retribucionista de la pena que ella categoriza como “pensamiento mágico”, y que incluso sería sostenido como un mantra, más que por argumentos. Fundamental ZAIBERT, Leo, 2018. *Op. Cit.* pp. 179 y ss.

<sup>144</sup> *Infra* II.3.3.

<sup>145</sup> Perspectiva que también adoptan Murphy y Hampton. Sobre esta concepción de las emociones véase GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Emociones, responsabilidad y derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2009. pp. 109 y ss.

<sup>146</sup> Resulta relevante distinguir la comprensión de la noción de resentimiento, en relación al odio, que como sostiene Hampton no está dirigido a una persona (al menos por sí solo), sino que su objeto corresponde a la acción realizada por dicha persona. HAMPTON, Jean. “Forgiveness, resentment and hatred”. *En*: MURPHY, J.G. & HAMPTON, J. *Forgiveness and Mercy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. pp. 35-87. p. 60.; No obstante, tampoco se trata de rechazar de plano el odio (como hace Hampton), dado que puede identificarse una dimensión retributiva como identifica Murphy, por lo que si bien en la mayoría de los casos debe superarse, al menos merece cierto respeto. MURPHY, Jeffrie, 1998b. *Op. Cit.* pp. 89-90 Sobre la permisibilidad del odio retributivo: *Ibid.* p. 95.

<sup>147</sup> Coincidente con Murphy, clemencia opera en razón de emociones como el amor y la compasión.

problemáticas en la sociedad que conlleva esta forma de compasión, que puede traducirse en una renuncia a la materialización de responsabilidad.

### 2.3. La paradoja de la clemencia entre el derecho y la moral

Aclarado lo que es entendido por clemencia y anticipando algunos problemas que ella presenta en un primer nivel de índole más definicional, ahora corresponde considerar los problemas asociados a su “puesta en acción”, en particular en su relación con la justicia. Ello significa retomar la segunda paradoja que fuere enunciada en la sección anterior, que dice relación con la pregunta de si al someter la compasión a una regla jurídica esta se convierte en un criterio de justicia.

Una forma de tratar este asunto es también provista por Anselmo, en particular lo desarrollado por este en el capítulo XI del *Proslogion*,<sup>148</sup> donde la paradoja se refiere a que, como resume Jeffrie Murphy, la clemencia puede ser considerada como un vicio o una redundancia.<sup>149</sup> Esto se deriva de considerar a la clemencia por un lado, en referencia a determinadas demandas de justicia, como la de individuación que fuere vista a propósito de la primera paradoja de Anselmo, y como tal puede considerarse redundante en tanto es *parte de la justicia* y por tanto su aplicación se vuelve obligatoria, no constituyendo de por sí una virtud autónoma. Por otro lado, la clemencia puede considerarse como un vicio si se toma en cuenta a esta como diferente de la justicia, e incluso necesaria en algunos casos para desplazarla, siendo en este sentido, *injusta*.<sup>150</sup>

Murphy concluye que dado que no hay casos que lo demuestren, en tanto los propuestos por Alwynne Smart, los cuales se asemejan a los propuestos al principio del capítulo de afectación a la familia como el caso [7] y consecuencias sociales adversas representadas en el caso [8], ya que en el caso del primero resulta difícil justificar la clemencia en beneficiarios indirectos, y el segundo sería meramente justificado por razones utilitaristas, para el autor no representan más que sentimentalismo, el cual debiese estar reservado al uso privado con sus familias y mascotas.<sup>151</sup> No hay por tanto espacio para la clemencia como una virtud autónoma que sea capaz de desplazar en

---

<sup>148</sup> ANSELM, Archbishop of Canterbury, 1998. *Op. Cit.* p. 93. “What justice is it that gives him who merits eternal death everlasting life? How, then, gracious Lord, good to the wicked, can you save the wicked if this is not just, and you do nothing that is not just.”

<sup>149</sup> MURPHY, Jeffrie, 1998c. *Op. Cit.* pp. 168-9, 177.

<sup>150</sup> *Ibid.* p. 169.

<sup>151</sup> Los casos son: (1) Afectación a la familia del autor, (2) consecuencias sociales adversas, (3) considerar cumplida la pena privativa de libertad por convertirse en una “nueva persona”. SMART, Alwynne, 1968. *Op. Cit.*

algún sentido a la justicia.<sup>152</sup> En este punto resulta adecuado considerar también lo planteado por John Tasioulas, quien, aunque coincide con Murphy al estimar que la clemencia es *interna* al derecho, sostiene que ella sí puede desplazar a la justicia en el sentido de derrotar el castigo estatal. Su argumento se basa en que el autor considera que la clemencia es una obligación o un deber, y dado que solo un deber puede derrotar a un deber, y además la clemencia constituye un deber especial,<sup>153</sup> se le provee a esta un estatus que le permite derrotar la imposición del castigo estatal, por resultar excesiva su aplicación, pero como se vio anteriormente dicha comprensión se enfrenta a características intrínsecas a la gracia que la vuelven impracticable.<sup>154</sup>

Una posición radicalmente distinta en este punto es la que adopta Antony Duff,<sup>155</sup> quien en primer lugar da un giro en la forma de enfrentar la cuestión, no siendo la pregunta por el carácter virtuoso o correcto de la clemencia en sí, sino bajo qué *condiciones* lo es. Esto se debe a que el autor considera la clemencia como externa al derecho, por lo que se pregunta por la justificación de su *intrusión* en este.<sup>156</sup> En este sentido, parece acercarse a lo planteado en la subsección anterior a propósito de la gracia, en tanto reconoce que la institución de la clemencia conflictúa con las demandas de justicia, en particular en relación al merecimiento, donde sostiene que:

If we understand those as positive demands that offenders must be punished in accordance with their penal deserts, mercy fails to do penal justice to its recipient. Even if we understand the demands of retribution in negative terms, as demanding that offenders not be punished more harshly than they deserve, mercy seems to be unfair to those who do not receive it, and to flout the demand that like cases be treated alike.<sup>157</sup>

Siguiendo esta línea de la relación de la gracia con la clemencia, como se sostuvo al inicio, puede considerarse que dichas nociones tienen una raíz común, lo cual provoca que se mantengan sus problemas, como el de la discrecionalidad. En este sentido, Claudia Card introduce una distinción

---

<sup>152</sup> MURPHY, Jeffrie, 1998c. p. 173 y s.

<sup>153</sup> Así Tasioulas: "This is not because of the illusory idea that only a duty can defeat a duty. Rather, the thought is that duties are particularly stringent sorts of reasons for action: their applicability to their subjects is non-optional, their force is in some degree exclusionary of otherwise applicable reasons, they are typically grounded in a due sensitivity to the interests of others and failure to comply with them is regarded as a basis for criticism. When mercy rightly tempers justice it requires us to depart from the obligation to comply with justice that would otherwise apply. Only a duty of mercy, I think, could have that effect." TASIoulas, John. *Op. Cit.* p. 126.

<sup>154</sup> *Supra* II.2.1.

<sup>155</sup> El margen de aplicación que está dispuesto a concederle Duff a la clemencia será tratado en la siguiente sección, a propósito de la conexión con su teoría comunicativa. Por ahora interesa su posición frente a la paradoja.

<sup>156</sup> DUFF, R.A., 2007. *Op. Cit.* p. 362.

<sup>157</sup> *Ibid.* p. 365.

en relación al sujeto al que se le concede el acto clemente, que dice relación con que sólo debe aplicarse en casos en que los ofensores resulten ser “desafortunados”:

Given that we are unable to predict and control so many of the misfortunes to which people are naturally liable, everyone's (other) rights would be robbed of a protection against those who happen, through no fault in the laws, to be unfortunate.<sup>158</sup>

Lo propuesto por Card se ajusta a lo dicho a propósito de la relación entre el concepto fenoménico de pena natural y el principio de clemencia en tanto bajo este principio la institución opera *en razón* de la suerte -además de en razón de las emociones compasivas- y no *a pesar* de ella.

Como último elemento imprescindible para el análisis correspondiente a la relación de la clemencia y la gracia con el derecho, será considerado lo sugerido por Hegel a través de la lectura conjunta de algunos pasajes de su *Filosofía del Derecho*. De esta forma, cabe primero considerar que este se refiere a la gracia en el parágrafo § 282, como aquella potestad soberana del monarca “para convertir lo no sucedido en sucedido y para aniquilar el delito con el perdón y el olvido”,<sup>159</sup> distinguiendo esta “aniquilación” de una anulación, puesto que aunque se remite la pena el delito “sigue existiendo, y el agraciado sigue siendo un delincuente”.<sup>160</sup> Puede entenderse de lo anterior que, dado que el parágrafo está ubicado en la parte de la eticidad, que la gracia sea una institución propia de dicho momento ético, sin embargo, es preciso volver a la moralidad para encontrar el sentido con el que Hegel la caracteriza. De esta forma, en el parágrafo §132 sostiene que “la esfera en que esas circunstancias pueden llegar a ser consideradas como motivos para suavizar la pena, es una esfera distinta del derecho, es la esfera de la *gracia*”.<sup>161</sup> Por tanto, estas razones que pueden ser tenidas en consideración para una dispensa total o parcial de la pena estatal no pertenecen al derecho, en particular al derecho penal. Esto último, se conecta con lo planteado por Duff en el sentido de la clemencia como intrusión y en este sentido, dado el mantenimiento del carácter ajeno de la clemencia y su cercanía con la gracia, persiste también su carácter arbitrario ligado su elemento constitutivo de autoridad y el estándar distinto de la justicia humana. Por lo que, adoptar este principio, de modo anticipatorio, implicaría la validación de una especie de “soberanía judicial”.

---

<sup>158</sup> CARD, Claudia. “On Mercy”. *The Philosophical Review*, vol. 81 (2): 182-207, 1972. p. 190.

<sup>159</sup> HEGEL, G.W.F., 2017. *Op. Cit.* p. 295.

<sup>160</sup> *Ibid.*, p. 296.

<sup>161</sup> *Ibid.* p. 146.

Para finalizar, Murphy señala que las paradojas de Anselmo son fácilmente adaptables a las preocupaciones seculares,<sup>162</sup> no obstante, dicha facilidad puede develar un problema respecto a la comprensión de lo secular, donde no debiese ser admisible una institución tal que requiera o permita la arbitrariedad, y solo se justifique bajo un estándar distinto de la justicia (humana). En este sentido, cabe volver a Hannah Arendt, quien en un ejercicio de “separar aguas” sostuvo que, pese a que ciertas enseñanzas provenientes de la religión han contribuido en el plano de la filosofía, esta no tiene lugar donde la religión constituye un estándar válido para el comportamiento humano y un criterio válido para juzgar este.<sup>163</sup> Por tanto, en lo que sigue se intentará encontrar una interpretación que sea compatible en una mayor medida con criterios con cargo a las expectativas de lo que constituye un Estado de Derecho.

#### 2.4. ¿La pena natural como paradoja?

Las dos paradojas que fueron abordadas con anterioridad, como fuere anticipado, se hallan solo potencialmente vinculadas con el problema de la pena natural, dado que solo resultan pertinentes bajo el supuesto de ser adoptado el principio de clemencia para su reconocimiento. Ahora bien, para completar dicha conclusión, se requiere analizar el carácter paradójico que se atribuye a la pena natural propiamente tal, es decir, la pretendida incompatibilidad entre sus componentes natural y punitivo, por la vía de explorar la posibilidad de que sea interpretada como pena, esto es, a través de la adopción de un principio de justicia punitiva.

Tomando en cuenta la conclusión preliminar obtenida en el apartado anterior, y en particular el problema que presenta el enfoque de la clemencia para enfrentar el problema de la pena natural por su carácter externo al derecho, cabe preguntarse ahora por el rendimiento de un enfoque interno, en el cual será central el principio de justicia punitiva. En lo que sigue se intentarán dar algunas luces sobre esta noción, a través del análisis del lugar que ocupa en la *Filosofía del Derecho* de Hegel, para luego en la sección siguiente revisar su concreción a través de diferentes teorías.

De esta forma, en el párrafo §103, a propósito de la superación de la contradicción desencadenada por la comisión de un delito, que consiste en la restitución del derecho, Hegel se refiere a la exigencia de una *justicia punitiva*, que diferencia de la *justicia vindicativa*. La primera, a

---

<sup>162</sup> MURPHY, Jeffrie, 1998c. *Op. Cit.* p. 168.

<sup>163</sup> ARENDT, Hannah, 2003. *Op. Cit.* p. 64.



diferencia de la segunda, dice relación con la “exigencia de una justicia libre de intereses y formas subjetivas, y libre de las contingencias del poder”,<sup>164</sup> lo que a su vez requiere una voluntad que quiera “lo universal”,<sup>165</sup> aun siendo subjetiva. Esto quiere decir, siguiendo la interpretación de Mizrahi, que la venganza, aunque puede considerarse justa según su contenido por consistir en una compensación del delito, es injusta en su forma, en tanto exhibe la forma de la particularidad, esto es, que es ejercida por una voluntad individual, lo que transforma su contenido en contingente y puede constituir una nueva lesión del derecho.<sup>166</sup> De ahí viene la necesidad de la universalidad, para que la pena no constituya una nueva lesión sino que reestablezca el derecho. Sin embargo, la comprensión de esta distinción sufre ciertas modificaciones durante su progresión a la eticidad, que es el momento al que aquí interesa llegar pues es donde tiene lugar el derecho como *idea*, en el que las instituciones son reconocidas como vigentes en tanto cristalizan una práctica de reconocimiento intersubjetivo, y tienen por tanto la capacidad de restituir efectivamente el derecho que se ha visto lesionado por el delito, ya que “las normas cuyo quebrantamiento imputable es jurídico-penalmente reprochable son normas que el ciudadano llamado a responder por ese quebrantamiento ha de poder ver como *suyas*”.<sup>167</sup>

De esta forma, el punto de partida lo otorga el derecho abstracto, pues aquí comienza la experiencia de lo ilícito, que muestra dos formas: las acciones ilícitas civiles -juicio negativo- y penales, y son estas últimas las que nos interesan pues son aquellas que exhiben la forma de un juicio infinito, en tanto niegan la universalidad de la persona, es decir, el derecho en cuanto derecho.<sup>168</sup> Pero como bien indica Cigüela: “[n]o es que el Estado substituya a la víctima en la imposición de una pena conceptualizada como venganza por un perjuicio, eso desde luego no, lo que ocurre es que el Estado mismo es la víctima de un delito que es tal precisamente por dirigirse contra sus normas y contra la noción objetiva de lo justo”.<sup>169</sup>

---

<sup>164</sup> HEGEL, G.W.F., 2017. *Op. Cit.* p. 119.

<sup>165</sup> Aquí resulta conveniente tomar distancia de la traducción de la obra en castellano utilizada a lo largo de este trabajo, puesto que aquí hace uso de la voz *general* y no *universal*. Usar la segunda permite esclarecer la distinción entre las formas de justicia, sobre todo tomando en cuenta a Kant. La traducción anglosajona utiliza favorece este uso: HEGEL, G.W.F. *Elements of the Philosophy of Right*. Nueva York: Cambridge University Press, 2014.

<sup>166</sup> MIZRAHI, Esteban. “La legitimación hegeliana de la pena”. *Revista de Filosofía*, vol. 29 (1): 7-31, 2004. p. 23.

<sup>167</sup> MAÑALICH, Juan Pablo, 2010. *Op. Cit.* p. 92.

<sup>168</sup> MIZRAHI, Esteban, 2004. *Op. Cit.* p. 11.

<sup>169</sup> CIGÜELA, Javier. “Reconocimiento, delito y pena: de Hegel a Honneth”. *Política criminal*, vol. 15 (29): 202-229, 2020. p. 210.

Como ha sido señalado, la experiencia de lo ilícito marca el tránsito hacia un segundo momento identificado por la moralidad, pues es aquí donde tiene lugar la tensión de la determinación de la voluntad entre subjetiva y universal, sin embargo, a juicio de Hegel el punto de vista de la moralidad es insuficiente pues el carácter funge como un deber o meta a alcanzar, o en términos de Mizrahi, está “delante y por encima”.<sup>170</sup> Mientras que en definitiva, la eticidad supone que la voluntad universal es reconocida como una instancia que los configura, y siguiendo nuevamente la metáfora espacial, está “debajo y a sus espaldas”.<sup>171</sup>

La “realidad efectiva del estado de derecho”, tiene lugar, por tanto, en instituciones jurídicas que concuerdan con las íntimas convicciones de quienes conforman el respectivo Estado de Derecho y cuyas interacciones este pretende regular, pues la sustancialidad de la universalidad es entendida sustancialmente como convicción: mientras que en el derecho abstracto la universalidad funge meramente como deber o exigencia, en el derecho positivo se halla arraigada en hábitos de convivencia que funda una práctica de reconocimiento intersubjetivo que se ve expresado en las instituciones.<sup>172</sup>

Ahora estamos en condiciones de analizar la forma institucionalizada de la diferencia de pena y venganza, dónde el tribunal juega un rol crucial, del modo que es descrito por Hegel en el parágrafo §220 de su *Filosofía del Derecho*:

En vez de la parte lesionada entra en escena una lesión de lo *general*, que tiene su propia realidad en el tribunal, el cual se encarga de la persecución y del castigo del delito, cesando así la reparación *subjetiva* y discrecional de la venganza y transformándose en una auténtica reconciliación del derecho consigo mismo, es decir, transformándose en una *pena*.<sup>173</sup>

Pese a que luego se retomará este pasaje, preliminarmente puede concluirse que da paso a una posibilidad de que la pena natural sea comprendida como una pena, puesto que en realidad lo que determina que sea tal, es un componente institucional. E incluso desde el nivel del derecho abstracto, como nota Cigüela, no se exige una modalidad o forma concreta más allá de que debe

---

<sup>170</sup> MIZRAHI, Esteban, 2004. *Op. Cit.* p. 27

<sup>171</sup> *Ibid.*

<sup>172</sup> *Ibid.* p. 28.

<sup>173</sup> HEGEL, G.W.F., 2017. *Op. Cit.* pp. 229-230.

ser “sentida”,<sup>174</sup> por tanto la comunicación, de la cual se ocuparán secciones siguientes, podría considerarse satisfecha.

### 3. HACIA LA REALIZACIÓN DE LA JUSTICIA PUNITIVA

#### 3.1. Irrogación de mal y expresión de reproche

Para efectos del análisis que será desarrollado en esta sección, resulta conveniente realizar antes una breve introducción a la distinción entre la dimensión fáctica y la dimensión expresiva de la pena, pese a que como se sostendrá más adelante, es una mera distinción conceptual o formal. Así, la dimensión fáctica se ha entendido en la dogmática penal como la irrogación de mal -comúnmente referida como *hard treatment* en la literatura anglosajona-, mientras que la dimensión expresiva se corresponde con un “mensaje” que contiene la dimensión fáctica -de ahí el carácter de distinción conceptual y no material-.

El echar mano a esta distinción resulta pertinente pues ha fungido como un elemento relevante en el debate sobre la pena natural, en particular respecto a si esta puede ser considerada una pena, puesto que las posiciones sobre dicha pregunta descansan en cual dimensión se privilegia para identificar su especificidad. Es así como, por un lado, Silva Sánchez propone que el remordimiento, identificado por el autor como un elemento común a la institución de la *poena naturalis* en sus distintas manifestaciones, en tanto este es “algo más que la conciencia de haber obrado mal, es precisamente el sufrimiento derivado de esa ausencia de paz con uno mismo”.<sup>175</sup> Esto se relaciona con la reflexión de Hannah Arendt y la comprensión de la dimensión de paciencia que recae sobre el autor del delito que fue objeto de análisis al principio de este capítulo, constituye un equivalente funcional a la dimensión fáctica de la pena.<sup>176</sup> Esto quiere decir que Silva Sánchez, está considerando el sufrimiento derivado de la irrogación de mal “natural” hacia el autor como equivalente al mal sufrido como consecuencia de la imposición de un castigo penal.

Por su parte, Guzmán Dalbora plantea que “hablar de la pena como un accidente fáctico importa revivir una noción completamente ajena al círculo de problemas que interesan en el mundo

---

<sup>174</sup> CIGÜELA, Javier, 2020. *Op. Cit.* p. 218.

<sup>175</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, 2014. *Op. Cit.* p. 2. Ello ciertamente guarda una relación con el dicitum socrático y la posición de paciente moral, *supra* II.1.1.

<sup>176</sup> *Ibid.* P.3.

del Derecho, la llamada *poena naturalis*, “que el legislador no tiene cuenta en absoluto”<sup>177</sup>. Y prosigue más adelante, siguiendo a Beling, sosteniendo que “toda discusión sobre la pena ha de partir que ésta es puro nóumeno, pues en el mundo real, es decir, como fenómeno o manifestación empírica, sencillamente no existe”.<sup>178</sup> Frente a lo sostenido por Guzmán Dalbora caben dos alternativas: por un lado, descartar la relevancia de la pena natural por ser ajena a lo que el autor está entendiendo como pena, es decir, como un fenómeno, coincidente con la dimensión fáctica de la pena. O bien, por otro lado, puede volverse a la distinción propuesta en la primera sección de este capítulo, tomando en consideración un concepto funcional en vez de fenoménico de pena natural, y preguntarse por la compatibilidad con esta noción de pena distinta de la dimensión fáctica, identificada como “nóumeno”.<sup>179</sup>

Antes de rendirse ante la primera alternativa, se analizará el rendimiento de la segunda. Para ello, resulta conveniente explorar esta noción de pena que está considerando el autor, la cual es tributaria de Beling. Siguiendo a Mañalich, puede conectarse con lo propuesto por Volóshinov, consistente en entender la pena como una especie de artefacto ideológico, y que además explica lo que fuere enunciado al principio del capítulo de entender a la pena como “punto de llegada”, y no de partida:

La razón más profunda de por qué es inviable anteponer la “pena” como el objeto de investigación [...] radica en que la pena es un puro νοούμενον [nóumeno]. En el mundo real no hay “pena” alguna. Los procesos reales que están dados como apariciones vitales, el encierro y la retención de un ser humano, el pago de una suma de dinero, etc., recién adquieren para nosotros el significado de la “pena” por el hecho de que nosotros, a través de una relación de pensamiento, ponemos en conexión estos procesos con una representación que nosotros tenemos. [...] Sólo el sentido que conferimos al proceso en cuestión deja que éste aparezca como “punición”.<sup>180</sup>

---

<sup>177</sup> GUZMÁN DALBORA, José Luis. *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*. Santiago: Legal Publishing, 2008. p. 15.

<sup>178</sup> *Ibid.* pp. 15-16.

<sup>179</sup> El concepto es entendido por Kant, como “[u]na cosa que no debe ser pensada como objeto de los sentidos, sino como cosa en sí misma (solo por un entendimiento puro)”. KANT, Immanuel. *Crítica de la razón pura*. Madrid: Tecnos, 2002.

<sup>180</sup> BELING, Ernst, 1908. *Op. Cit.* p. 5. MAÑALICH, Juan Pablo, 2018b. *Op. Cit.* p. 34.

Contrastadas estas visiones de la pena, se abordarán a continuación tres teorías que toman posiciones distintas frente al problema de la pena y su justificación, lo cual tiene importantes consecuencias para el reconocimiento de la pena natural.

### 3.2. Incorrección moral como estándar de justicia retributiva

En lo que respecta a la justificación de la pena, se ha debatido latamente acerca de las funciones que debe cumplir el derecho penal. En esto es decisivo Michael S. Moore, quien plantea que su función es alcanzar la justicia retributiva, puesto que este defiende una teoría radicalmente deontológica de la justificación de la pena, esto es, aquella que se identifica con el carácter moralmente incorrecto de una acción antes que tener en consideración las consecuencias que esta acción produce, en tanto el merecimiento moral es razón *suficiente* para castigar<sup>181</sup> En esta línea, la centralidad del merecimiento se ve justificada, según Moore, de la forma que fue descrita en el capítulo anterior, consistente en la configuración de un principio (general) extraído de nuestras experiencias emocionales que permite justificar nuestros juicios morales. Además, Moore propone una especie de moralismo jurídico que denomina “*non-exclusionary legal moralism*”, del cual se derivaría que la justicia retributiva se ve satisfecha cuando son castigadas las acciones moralmente incorrectas.<sup>182</sup> Ahora bien, la conexión entre la teoría moralista de la legislación y la teoría retribucionista del castigo es establecida por Moore por medio de un argumento que invoca cuatro principios:

1. The retributivist principle proper: that the function of the criminal law is to exact retribution in proportion to desert.
2. The meaning of desert: that the desert that triggers retributive punishment is in itself a product of the moral wrong(s) done by an individual, and the moral culpability with which he did those wrongs.
3. The principle of justice in legislation: that the achieving of (distributive, corrective, or retributive) justice is always a valid reason counting in favour of legislation.

---

<sup>181</sup> MOORE, Michael, 1997. *Op. Cit.* p. 28. Cabe notar que el merecimiento moral esta referido a las bases que fueron vistas en el capítulo I, *supra* I.2.3. Y si bien el autor reconoce que puede haber otros valores distintos del merecimiento involucrados en el castigo, estos no serían más que “*superpluses*”. *Ibid.* p. 89.

<sup>182</sup> MOORE, Michael, 1997. *Op. Cit.* p. 71. Ello quiere decir que el estándar de la justicia retributiva bajo esta comprensión, es la inmoralidad de la acción, y no, por ejemplo, su potencialidad para causar daño. Al respecto, ZAIBERT, Leo, 2018. *Op. Cit.* pp. 91 y ss.

4. The principle of legality: that criminal liability can only fairly be imposed for conduct that was clearly prohibited by statute at the time the accused acted.<sup>183</sup>

Un rasgo insoslayable de la propuesta de Moore, y que en general puede extraerse del retribucionismo moral -de la combinación ente retribucionismo y moralismo jurídico-, es su oposición respecto a la institución de la clemencia.<sup>184</sup> Esto, en atención a la centralidad que ocupa el merecimiento en esta teoría, en tanto criterio único para la satisfacción del estándar de justicia, lo que supone que hay un *deber* de castigar cuando el ofensor lo merece, lo cual en el caso de operar la clemencia no se satisface, deviniendo esta situación, por tanto, en una injusticia.<sup>185</sup>

Ahora bien, han sido dirigidas diversas críticas hacia lo presentado por Moore, de las cuales aquí será analizada particularmente en primer lugar aquella esbozada por Douglas Husak, quien apunta a la insuficiencia de la propuesta en cuanto “no muestran por qué el Estado está justificado en castigar a estos infractores culpables, o que el consecuencialismo no juegue ningún rol cuando la pena estatal está justificada”.<sup>186</sup> El punto introducido por Husak exhibe relevancia para este trabajo, en tanto apunta a dos problemas fundamentales: en primer lugar, la suficiencia del merecimiento como criterio único de imposición de la pena, que será tratado más adelante a propósito del análisis de otra variante del retribucionismo que se distancia del moral, llamado retribucionismo jurídico; en segundo lugar, y en conexión con el primer problema, la dimensión institucional de la pena. Esto resulta extremadamente pertinente para el problema de la pena natural, si esta es considerada en su sentido más amplio o fenoménico, puesto que al considerar un caso en el que por la acción moralmente incorrecta se le inflige, en forma de *venganza*, una penuria o sufrimiento estigmatizador al autor, que supóngase que resulta proporcional al merecimiento, surge

---

<sup>183</sup> *Ibid.* pp. 71-72.

<sup>184</sup> Incluso Brooks asimila esta oposición a la oposición respecto a la venganza. BROOKS, Thom. *Punishment*. Nueva York: Routledge, 2012, p. 17. Aquello podría ser comprendido además a la luz del mencionado pasaje de la Filosofía del Derecho de Hegel en la sección anterior, donde sostiene la relevancia del tribunal que impone la pena para distinguir la justicia vengativa de la punitiva. *Supra* II.2.3.

<sup>185</sup> En efecto, los retributivistas (como Michael Moore) niegan espacio a la clemencia y al perdón, véase Brooks, Thom, 2012. *Op. Cit.* 17: “We might ask next if retributivism is the opposite of vengeance, namely, mercy. Many retributivists are opposed to mercy or pardons. For example, Michael Moore says: But retributivism goes further. As a theory of a kind of justice, it obligates us to seek retribution through the punishment of the guilty. This means that officials have a duty to punish deserving offenders and that citizens have a duty to set up and support institutions that achieve such punishments.” (MOORE “*Justifying retribution*”). *Ibid.* p.18: “The retributivist argues that criminals deserve punishment on account of their wrongdoing. If they deserve punishment, then justice demands we punish. We do injustice if we fail to punish criminals, because they then do not receive what they deserve”.

<sup>186</sup> HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización. Los límites del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 298.

la pregunta de si dicho sufrimiento satisface las intuiciones retributivas que Husak comparte con Moore, a lo cual el primero responde afirmativamente.<sup>187</sup>

Las implicaciones de este análisis de Husak, que se extienden a casos de estigmatización como el caso [5], en los cuales se considera que el autor ya ha sido suficientemente castigado,<sup>188</sup> así como de daños infligidos directamente por terceros, por ejemplo, los familiares de la víctima con el objeto de vengar el delito,<sup>189</sup> tienen que ver con que al verse, a su parecer, cumplida las demandas de la justicia retributiva -identificadas con el merecimiento-, ello significa que esta no puede fungir como justificación de la imposición del castigo estatal. En efecto, Husak considera que la justicia retributiva puede verse satisfecha por mecanismos distintos de la pena, y que por tanto la creación de la institución del castigo estatal por sobre la venganza debe justificarse por “algo más”. Esto último es identificado por el autor con razones “consecuencialistas” -aunque podrían ser calificadas de utilitaristas- como la prevención del daño a terceros.<sup>190</sup>

Es posible identificar que las dificultades que nacen de la propuesta de Husak, se hallan vincular a la noción amplia de pena natural, bajo la cual podrían caer como daño de terceros casos como el [3], referido a la práctica de linchamientos. Por lo que dicha amplitud podría derivar a aceptar y legitimar jurídicamente casos de derechamente venganza en tanto es considerada satisfecha la justicia retributiva. Ello además de colisionar con lo que planteara Kant acerca de las limitaciones morales de la pena,<sup>191</sup> puede resultar problemático que el derecho penal *estatal*, no juegue un rol en la institución de la pena natural por lo previamente analizado a partir de Hegel, en tanto la única forma de asegurar el respeto por la universalidad de la persona, y con ello la vigencia del derecho, es a través de las instituciones del Estado de Derecho que son socialmente reconocidas.

### **3.3. El giro semántico: la función expresiva de la pena**

El problema anteriormente presentado que puede ser atribuido a formas de retribucionismo como la defendida por Moore, puede ser en cierta medida disipado al considerar el giro semántico que tuvo lugar en la discusión de la justificación de la pena tras la contribución de Joel Feinberg. Dicho

---

<sup>187</sup> *Ibíd.* p. 298.

<sup>188</sup> Para el análisis de casos similares, véase HUSAK, Douglas, 1990. *Op. Cit.* pp. 433 y ss.

<sup>189</sup> HUSAK, Douglas, 2013. *Op. Cit.* p. 298-299.

<sup>190</sup> *Ibíd.* p. 300-304.

<sup>191</sup> Al respecto, véase MAÑALICH, Juan Pablo. “Respeto y retribución: la pena jurídica en La metafísica de las costumbres”. *Revista de Ciencia Política*, vol. 38 (3): 507-526, 2018a. p. 516.

giro o cambio de paradigma consiste en la propuesta del autor de restarle centralidad o primacía a la así llamada “irrogación de un mal” (*hard treatment*) para en cambio favorecer un reconocimiento de una especificidad de carácter funcional a la sanción penal, que le permita distinguirse de otro tipo de sanciones no esencialmente punitivas (*penalties*), puesto que la primera no resulta suficiente para este propósito.<sup>192</sup> Y, según Feinberg, dicha propiedad distintiva de las sanciones punitivas consiste en una función expresiva, que el autor describe en los siguientes términos:

[p]unishment is a conventional device for the expression of attitudes of resentment and indignation, and of judgments of disapproval and reprobation, on the part either of the punishing authority himself or of those “in whose name” the punishment is inflicted. Punishment, in short, has a symbolic significance largely missing from other kinds of penalties.<sup>193</sup>

Ahora bien, cabe detenerse en la relación entre esta función expresiva y la irrogación de mal, en el sentido de si es que estos son componentes aislados o en realidad pueden concebirse funcionalmente relacionados. Para ello, serán revisadas las posiciones de Klaus Günther y Antony Duff, quienes adscriben a una teoría comunicativa del castigo, pero difieren respecto al lugar que debe ocupar la irrogación de mal en esta. No obstante, el paso común que dan consiste en que, en términos de Duff, deberíamos hablar no sólo de expresión si no de comunicación, ya que a diferencia de la primera que solo supone que alguien exprese algo, la comunicación supone a quienes con quien intentamos comunicarnos, reconociéndolos como agentes racionales e incorporándolos como participantes activos del proceso comunicativo, de carácter recíproco.<sup>194</sup>

Ahora bien, Günther, por un lado, puede ser ubicado en la primera posición, en tanto al identificar la irrogación de mal con la pena privativa de libertad, sostiene su carácter excluyente por representar una privación de la comunicación en general. En razón de ello, considera que esta se opone a la función comunicativa -que es entendida por definición inclusiva-, dada la forma de trato al delincuente que la pena representa, otorgándole un derecho a justificarse. Según Günther, la relación entre la irrogación de un mal y la función comunicativa constituiría una paradoja: el castigo es una acción comunicativa de no-comunicación.<sup>195</sup>

---

<sup>192</sup> FEINBERG, Joel, 1970. *Op. Cit.* pp. 95 y ss.

<sup>193</sup> *Ibid.* p. 98.

<sup>194</sup> DUFF, R.A. *Punishment, Communication, and Community*. Oxford: Oxford University Press, 2001. pp. 79 y ss.

<sup>195</sup> GÜNTHER, Klaus. “Criminal Law, Crime and Punishment as Communication”. En: SIMESTER, A.P., DU BOIS-PEDAIN, A. & NEUMANN, U. *Liberal Criminal Theory. Essays for Andreas von Hirsch*. Oxford: Hart Publishing, 2014. pp. 123-139. p. 134.



De la propuesta de Duff, en cambio, no se sigue la existencia de incompatibilidad alguna con que aquella respuesta esperada del ofensor se alcance a través de la pena privativa de libertad, ya que considera que puede servir para cumplir de forma más adecuada la función comunicativa que los castigos de carácter meramente simbólicos o declarativos.<sup>196</sup> Además, debe atenderse a que la comunicación está restringida para Duff por el merecimiento, en particular por la proporcionalidad, por lo que si la irrogación de mal es merecida, no se vería frustrada la comunicación, por el contrario: la severidad de la irrogación de mal comunica la severidad de la censura.<sup>197</sup> En este sentido, Thom Brooks, ha sostenido la posibilidad de una “reforma punitiva”, postulando que la necesidad de la irrogación de mal para la respuesta del ofensor pretendida por Duff, en definitiva constituiría a la pena privativa de libertad como “algo más” que irrogación de mal, fungiendo de este modo como un acto simbólico de censura.<sup>198</sup> El argumento fue formulado por Brooks de la forma que sigue:

Hard treatment, such as imprisonment, is necessary to ensure this message is communicated effectively to offenders. Offenders repay their apologetic debt to the society in serving time in prison for their crimes. Time served is a concrete act communicating apologies through repentance.<sup>199</sup>

En línea con lo anterior, Mañalich ha propuesto una redefinición del expresivismo en un sentido retribucionista, interpretando el reproche en relación a la culpabilidad, el cual se materializaría a través de la pena retributiva.<sup>200</sup> Así, ha sostenido, siguiendo a Feinberg, que la distinción entre la irrogación de mal y el reproche merecido es conceptual, en tanto no se puede diferenciar, como sostiene von Hirsch y Günther, el momento expresivo del reproche de la irrogación de mal pues

---

<sup>196</sup> DUFF, R.A., 2001. *Op. Cit.* p. 82.

<sup>197</sup> *Ibid.* p. 132. Por ello, Duff cree que la pena privativa de libertad debe estar reservada para los delitos de mayor gravedad, pues es el mensaje que transmite corresponde a que el autor ha quebrantado los vínculos normativos de la comunidad. *Ibid.* p. 150.

<sup>198</sup> BROOKS, Thom, 2012. *Op. Cit.* p. 114; DUFF, R.A., 2001. *Op. Cit.* p. 29. La noción de que sea “algo más”, ha sido entendido como un alejamiento del retribucionismo, en palabras de Brooks: “The second potential problem is that expressivism appears little different than retribution in practice. Both may claim punishment condemns crime and that punishment should be more punitive in proportion to the wrongness of a corresponding crime. Expressivism has even been said to be a servant of retribution. There seems little difference in fact between retributivism and expressivism from this perspective. One difference is that retributivists would argue that deserved punishment in prison need not have a reformatory effect; communicative theorists would argue that retributively deserved imprisonment has this effect as a form of secular penance.” BROOKS, Thom, 2012. *Op. Cit.* p. 106.

<sup>199</sup> *Ibid.* p. 105.

<sup>200</sup> Así Mañalich: “lo que el autor del delito hace es aprovecharse injustamente de las ventajas que la coordinación social a través de normas asegura para todos. Ese aprovechamiento injusto de las condiciones generales ventajosas puede justificar, bajo condiciones que aún deben ser establecidas, un reproche de culpabilidad. Si éste es el caso, la pena retributiva podría ser entendida como la materialización de ese reproche”. MAÑALICH, Juan Pablo, 2007. *Op. Cit.* p. 137

justamente la irrogación de mal constituye la forma de expresar el reproche merecido -como convención institucionalmente fijada-, mientras que la declaración de culpabilidad no es suficiente para expresarlo sino que funge solo como condición procedimental.<sup>201</sup> No obstante, esta relación es convencional, ya que si se mira el asunto de manera funcional, podría esperarse que en otros tiempos la pena podría dejar de ser considerada como un mal, como sostiene el autor: “es posible pensar en otros símbolos convencionales para la expresión institucional del reproche”.<sup>202</sup> Esto último se halla evidentemente en congruencia con la comprensión de la pena desde una perspectiva institucional, como “artefacto ideológico” en términos de Volóshinov, que en contraposición a un fenómeno refleja y refracta una realidad que se ubica fuera de sí mismo.<sup>203</sup>

Desde este punto de vista, resulta quizás entendible la posición un tanto ambigua de Duff respecto a la admisibilidad de la clemencia, aunque esta sea una intrusión y conflictúe con las demandas de justicia (retributiva), por una consideración a la severidad y la falta de humanidad de la imposición de las formas actuales de pena, lo que no implica su oposición generalizada a la irrogación de mal. En palabras de Duff:

If we think instead about kinds of punishment that would be imposed under a humane and rational communicative system of liberal punishment, punishments that would more often be non-custodial, and much less severe than they generally are now, it will seem less excessive or improper to insist upon “the full infliction of deserved hard treatment” for a repentant offender.<sup>204</sup>

En todo caso, el carácter necesariamente merecido de la censura que exige Duff -con independencia de que exhiba o no una forma de sufrimiento-, constituye un límite para ella, ya sea considerando un eventual exceso atendiendo únicamente a la medida del merecimiento -siguiendo la interpretación de Zaibert que en realidad Duff sería monista respecto a la justificación de la pena-<sup>205</sup> o incluso considerando un exceso en relación a un conflicto con las “tres R” que el propio Duff enumera: *repentence, reform and reconciliation*,<sup>206</sup> Lo crucial es que la consideración de este exceso está

---

<sup>201</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “Retribucionismo expresivo. Acerca de la función comunicativa de la pena”. En: KINDHÄUSER, U. y MAÑALICH, J.P. *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*. Montevideo: B de F, 2011a. pp. 29-55. p. 58.

<sup>202</sup> *Ibid.* pp. 58-60.

<sup>203</sup> MAÑALICH, Juan Pablo, 2018b. *Op. Cit.* p. 31. En palabras del propio Volóshinov: “Without ceasing to be a part of material reality, such an object, to some degree, reflects and refracts another reality” VOLOSINOV, V.N. *Marxism and the Philosophy of Language*. Nueva York: Seminar Press, 1973. p. 9.

<sup>204</sup> DUFF, R.A., 2007. *Op. Cit.* p. 386.

<sup>205</sup> ZAIBERT, Leo, 2018. *Op. Cit.* p. 124.

<sup>206</sup> DUFF, R.A., 2001. *Op. Cit.* pp. 107 y ss. Se ha planteado que estas “[s]on cuestiones por defecto posibles en una pena que se ejecuta y configura correctamente, y que además no debería horadar la proporcionalidad”, véase:

directamente en relación con la pena natural puesto que como fuera introducido en el capítulo I de este trabajo, cuando es reconocida la imposición de la pena estatal constituye un *exceso punitivo condicionado por la suerte*,<sup>207</sup> lo que significa que, siguiendo a Duff, podría considerarse satisfecho en términos de merecimiento el reproche o mensaje con su reconocimiento, y por tanto esta no sería solo un equivalente funcional de la dimensión fáctica de la pena estatal sino también de la dimensión expresiva, entendiendo su relación conceptual.

Ahora bien, una distinción ulterior para efectos de cerrar la sistematización del debate es la que propone Tatjana Hörnle entre teorías expresivas orientadas a la persona -ya sea del autor o de la víctima-, por un lado, aquellas que están orientadas a la norma, y más precisamente a la *confirmación* de la norma, por otro.<sup>208</sup> Al respecto, si bien la primera categoría no resulta pacífica,<sup>209</sup> la pregunta relevante es si este fin de confirmación de la norma de la segunda categoría se halla necesariamente ligado a la prevención general, como sostiene Hörnle, en tanto lo que busca es la prevención de delitos, o bien puede entenderse inscrito en una teoría retribucionista de la pena que ha sido lo que se ha defendido en este trabajo. Para esto último, en la siguiente sección se analizará la posibilidad de hallar un tipo de expresivismo en la obra de Hegel.

### 3.4. Comunicación y reconocimiento

Como fuera anticipado, parte sustantiva de este giro introducido en las teorías de la pena es posible de ser rastreado en lo que propusiera Hegel en su *Filosofía del Derecho*,<sup>210</sup> y el recurso a este último resultará especialmente útil para ofrecer una síntesis, dialécticamente obtenida si se quiere, para el reconocimiento de la pena natural desde un principio de justicia punitiva especificada como retributiva, en tanto integra en parte las propuestas antes analizadas.

Una aproximación interesante a la comprensión de la pena en Hegel es la propuesta de Alan Brudner, a la cual ha llamado “retribucionismo jurídico” (*legal retributivism*), diferenciándolo del

---

VALENZUELA, Jonatan. “La pena como penitencia secular. Apuntes sobre el sentido de la ejecución de la pena”. *Revista de Derecho*, vol. XXIII (1): 255-268, 2010.

<sup>207</sup> *Supra* I.4.2.

<sup>208</sup> HÖRNLE, Tatjana. *Teorías de la pena*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2015. pp. 33 y ss.

<sup>209</sup> Por ejemplo, Thom Brooks sostiene que el expresivismo está dirigido a los actos y no las personas, lo cual le da su carácter de merecido y proporcional, lo que se complicaría al cambiar esta orientación. BROOKS, Thom, 2012. *Op. Cit.* p. 103.

<sup>210</sup> Coincide en esto, quien este factor tanto respecto a Kant como a Hegel, pero considera que tiene mayor expresión en Hegel y posteriormente en Jakobs. GÜNTHER, Klaus, 2014. *Op. Cit.* pp. 128 y ss.

retribucionismo moral, que fuere revisado precedentemente a través del análisis de la propuesta de moralismo jurídico de Moore. El retribucionismo jurídico, considera insuficiente la justificación del castigo otorgada por el denominado *retribucionismo fuerte* -bien representado por el retribucionismo moral-, que se basa en la fórmula ‘*todos los que lo merezcan deben ser castigados con la severidad que merezcan*’, lo que se reduce a que se justifica por el *solo* merecimiento (*just deserts*).<sup>211</sup> En este sentido, buscando el autor aquella justificación que considera le falta al retribucionismo fuerte, plantea que el castigo no puede ser el ‘brazo armado’ del legalismo moral, sino de la igualdad de derechos, lo cual descansa en la fundamentación del *reconocimiento mutuo* (siguiendo a Hegel claramente).<sup>212</sup> Esto implica además que la noción misma de merecimiento sufre una transformación en relación a como es comprendida por el moralismo jurídico en la estructura del castigo -imponer la sanción penal por haber actuado inmoralmemente -, configurándose una noción de merecimiento de carácter “política”, que dice relación con haber quebrantado la ley bajo ciertas condiciones.<sup>213</sup>

Si se presta atención al punto hecho por Brudner respecto al reconocimiento mutuo, es indudable que esta noción tiene una fuerte raigambre en Hegel, en tanto es una de las dos dimensiones de la justificación que este ofrece de la pena. Como ya se vio, la vida ética está fundada en relaciones de reconocimiento intersubjetivo que las instituciones cristalizan, y de ahí se deriva la relevancia del castigo para Hegel como forma de restitución del derecho. Ello, pues pese a que a que este plantea que el delito sería nulo,<sup>214</sup> la necesidad del castigo se debe a que el agente expresó intencionalmente su “principio de negación del derecho”,<sup>215</sup> el cual, al ser actualizado en su acción, le es otorgada una apariencia de derecho, que es aquella que el derecho debe destruir a través del castigo, y consiguientemente restaurar su autoridad. Volviendo al antes enunciado párrafo §220 de la Filosofía del derecho, este considera una primera consecuencia “objetiva” de la imposición de

---

<sup>211</sup> BRUDNER, Alan. *Punishment and Freedom. A Liberal Theory of Penal Justice*. Nueva York: Oxford University Press, 2009. p. 48.

<sup>212</sup> *Ibid.* pp. 49 y ss.

<sup>213</sup> BROOKS, Thom. “Punishment: Political, not Moral”. *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, Vol. 14 (3): 427-438, 2011.p. 429.

<sup>214</sup> Así lo sostiene Hegel en el párrafo §97: “La lesión del derecho tiene ciertamente una existencia *positiva*, en el mundo exterior, pero es una existencia que *en sí misma* es nula. La *manifestación* de esta nulidad suya es la eliminación de la lesión, eliminación que tiene asimismo una existencia: pues esto es el derecho realizado, la necesidad de que el derecho se ponga a sí misma en relación consigo mismo eliminando la lesión que le ha sido infringida.” HEGEL, G.W.F., 2017. *Op. Cit.* p. 112

<sup>215</sup> Entendido según el párrafo §100 como aquel en que: “su acción es la acción de un ser racional, lo cual implica que es algo general y que esa acción establece una ley que el delincuente ha reconocido en su acción, y bajo la cual él puede consecuentemente ser subsumido como bajo su propio derecho”. *Ibid.* pp. 114 y s.

la pena por el tribunal: “Objetivamente es una reconciliación de la ley que se restaura a sí misma con la eliminación del delito y que, por consiguiente, se *aplica válidamente*”.<sup>216</sup>

Por tanto, esta *segunda coacción* que Hegel describe no significa un regreso al estado anterior sino una *superación* de este, y tiene como consecuencia el *reconocimiento* de la autora como agente libre (la pena “honra” al delincuente). Por tanto, aquí puede ser evidenciado el vínculo entre la pena en su función comunicativa y el reconocimiento, en tanto la pena es entendida como un *reconocimiento negativo* a la agencia racional, lo que se resume en palabras de Mañalich de la forma siguiente: “el reproche constituye un reconocimiento cuyo sentido es la desaprobación: reconocemos al autor, a través del reproche de culpabilidad como un participante en la comunicación normativa.”<sup>217</sup> Y recurriendo nuevamente al parágrafo §220 puede apreciarse ahora un segundo sentido de la reconciliación, en sentido subjetivo: “Desde la perspectiva subjetiva del delincuente, es una reconciliación del delincuente consigo mismo, es decir, con *su ley, conocida por él y válida para su protección*, encontrando en la ejecución de la ley en su propia persona la satisfacción de la justicia, la realización simplemente de *lo suyo*”.<sup>218</sup> En el sentido de Mizrahi, la nulidad del delito no sólo es externa, sino que también exhibe un carácter interno dentro de la subjetividad del delincuente, de lo cual puede derivarse una función de recomponer también esta contradicción interna, articulando la voluntad individual y subjetiva, con su configuración externa, objetiva y universal.<sup>219</sup>

Esto se contrapone a lo que fuere esbozado en el primer capítulo, a propósito del lugar que le asigna al castigo Rawls, pues ahora se está reconociendo radicalmente al delincuente como un ciudadano responsable en tanto agente racional, y la pena necesariamente siendo identificada en el marco de una obligación política, pues el delito no consiste en otra cosa que el quebrantamiento de las expectativas del orden normativo respecto del cual el agente forma parte, y por ello el reproche puede identificarse como inserto en un proceso comunicativo pues el agente es participante de él, y puede de esta forma reprobársele su comportamiento.

Ahora bien, para enfrentar la pregunta de si la pena natural puede contar como una pena, es decir como esta segunda coacción que anule el delito, cabe volver a considerar el rol que le

---

<sup>216</sup> *Ibid.* pp. 229 y s.

<sup>217</sup> MAÑALICH, Juan Pablo, 2010. *Op. Cit.* p. 87.

<sup>218</sup> HEGEL, G.W.F., 2017. *Op. Cit.* pp. 229-230.

<sup>219</sup> MIZRAHI, Esteban. *Op. Cit.* p. 16. Ello, como el mismo autor reconoce, no supone que la reformatión de la subjetividad del criminal sea parte de la justificación de la pena, sino que sólo lo es porque es una manifestación objetiva y subjetiva de la nulidad intrínseca del delito.

atribuye Hegel al tribunal que impone la pena.<sup>220</sup> Ello permite sostener una interpretación más bien funcional de la pena, de la cual se derive que la pena natural sea interpretada como pena y no como venganza, independiente de su “forma”, esta es, no *originalmente* estatal, ya que al ser impuesta o reconocida por el tribunal aquella exhibe un carácter de autoridad, y cumple con ser un acto de justicia (pública) y así puede exhibir una conexión por el merecimiento.<sup>221</sup> Lo anterior, denota la necesidad de no comprender aisladamente la irrogación de mal y la expresión de reproche al interpretar funcionalmente la pena, esto es, no asumiendo una relación necesaria con determinada forma de ejecución de esta, sino relevando su carácter universal y objetivo que le provee el lugar del tribunal que la impone, en el caso de la pena *propriadamente estatal*, o en el caso de la pena natural, que la reinterpreta (*estatalmente*) como tal. Aquí, por tanto, el reconocimiento de la pena natural contaría como una declaración, institucionalizada.

Por último, y a modo de defensa preliminar de esta posibilidad de interpretación de la pena natural bajo un principio de justicia punitiva, y en particular por la que provee la teoría de la pena desarrollada por Hegel, resulta adecuado destacar que uno de los problemas de la adopción de la alternativa de la clemencia, se da en sede de reconocimiento. Esto, puesto que, al presentarse como una respuesta compasiva, en el sentido de “no-punitivista”, termina convirtiéndose en una forma de no responder,<sup>222</sup> o más bien renunciar a hacerlo, por lo cual se ve frustrada la dimensión de reconocimiento que representa la respuesta. Sobre las ulteriores consecuencias de ambos enfoques tratará el capítulo siguiente.

---

<sup>220</sup> En el párrafo §220 de la *Filosofía del Derecho*, véase *Supra* II.2.3.

<sup>221</sup> BROOKS, Thom, 2012. *Op. Cit.* p. 17.

<sup>222</sup> Muestra de ello, aunque excede la aplicación a la pena natural, son los casos analizados de homicidas en Chile en el siglo XX -situación que ciertamente no es exclusiva del país-, donde Alia Trabucco Zerán cuestiona la aplicación del perdón y la clemencia en tanto cumplieron un objetivo invisibilizador. Así, la autora sostiene que: “[e]l perdón refuerza los cimientos simbólicos de la desigualdad de género y desactiva el poder latente en la mujer homicida”. Y luego prosigue: “Llevar lejos, sacarlas cuanto antes del foco de atención. Ese, finalmente, fue el foco de la clemencia. Evitar un fusilamiento que convirtiera a las homicidas en mártires o santas. Retirar de la luz pública a esas mujeres peligrosas y relegarlas, cuanto antes, a un territorio de sombras”. TRABUCCO ZERÁN, Alia. *Las homicidas*. Santiago: Lumen, 2019. pp. 195-198.

### III. RECONOCIMIENTO Y RESIGNIFICACIÓN NORMATIVA

“Solo le pido a Dios  
que lo injusto no me sea indiferente  
que no me abofeteen la otra mejilla  
después que una garra me arañe esta suerte”  
Solo le pido a Dios, León Gieco

#### 1. RECAPITULACIÓN: EL DERECHO COMO EL REY MIDAS

Recapitulando lo precedentemente expuesto, puede concluirse que son quienes favorecen la clemencia como criterio de reconocimiento de la pena natural, quienes tienden a plantear a este como paradójico, por transformarse en un criterio de justicia por la circunstancia de ser reconocida jurídicamente, lo cual puede ser vinculado a lo que metafóricamente formulara Kelsen: “El Derecho se asemeja al Rey Midas. Así como todo lo que aquel tocaba se convertía en oro, todo aquello a que el derecho se refiere, toma carácter jurídico”.<sup>223</sup>

Sin embargo, parte de lo que se intenta demostrar en este trabajo es precisamente que la clemencia no pierde su esencia al hallar operatividad jurídica, y ello se dilucida en particular respecto a tres aspectos: la “forma de respuesta” que constituye, las consecuencias que conlleva la materialización de esta forma de respuesta, y su posición frente a la incidencia de la suerte.<sup>224</sup> En cuanto a este último punto, cabe recordar la identificación de la pena natural como un caso de suerte (resultante) con consecuencias penales, sugerida en el primer capítulo. A este respecto, el derecho tiene dos opciones: reconocer su existencia proveyéndole operatividad, o neutralizar tal azar, rechazando su posible incidencia en materia de responsabilidad jurídica, buscando otros criterios que primen frente a esta. Sobre los dos primeros elementos del problema versará la siguiente sección de este capítulo, y sobre el tercero se volverá en la última sección, tras analizar las posibilidades concretas de operatividad de la *poena naturalis* con arreglo al ordenamiento jurídico chileno.

---

<sup>223</sup> KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982. p. 284

<sup>224</sup> *Supra* I.4.3.

## 2. ¿SUPERACIÓN DEL PASADO?

### 2.1. La pena como respuesta merecida al hecho delictivo

El nombre de esta sección se remonta a Günther Jakobs, en tanto este tematiza, siguiendo a Hegel, cómo la pena se relaciona con un hecho pasado que, sin embargo, representa un conflicto en el presente de carácter comunicativo: “la perturbación de la vigencia de la norma producida por el hecho, que llega hasta el presente”.<sup>225</sup> Esto es relevante dado que, con arreglo a la forma que fueron tratadas al inicio del primer capítulo las conclusiones a partir del dictum socrático, si bien el agente no tenía control agencial respecto a la consecuencia autolesiva, y respecto a aquella se configura su dimensión de paciente, si lo tuvo en referencia al delito cometido, por lo que de todas formas el agente es merecedor de castigo por haber causado el resultado delictivo, lo cual así mismo permite eventualmente reinterpretar normativamente la pena natural como un equivalente al castigo estatal.

Lo anterior presenta una colisión insalvable con la institución de la gracia, que como fuera desarrollada en el capítulo precedente, ella consiste en una liberación gratuita de la pena merecida y además constituye un ejercicio de soberanía que no se somete a un estándar de justicia (retributiva). Por ello, esta exhibe esencialmente la forma de una no-respuesta, en tanto se trata de una decisión de una autoridad de renunciar a imponer las consecuencias merecidas por un determinado hecho.<sup>226</sup>

En este punto, cabe volver a considerar también a Hegel, quien sostiene que la gracia reside en el monarca en tanto detenta la capacidad “para convertir lo no sucedido en sucedido y para aniquilar el delito con el perdón y el olvido”,<sup>227</sup> donde resulta particularmente relevante la noción de olvido. Si bien en la literatura se insiste en separar el olvido del perdón y otras formas similares, hay ciertamente una dimensión en el que este que permanece presente, por ejemplo en el caso del perdón consiste en el denominado “cambio de corazón” o de pasiones como lo denominara Hampton.<sup>228</sup> Pero que la dimensión de olvido permanezca en la figura del perdón resulta ciertamente menos problemático a que lo haga en el caso de la clemencia, puesto que el primero implica un acto en el nivel de relaciones interpersonales, mientras que aquí olvidarse del delito por

---

<sup>225</sup> JAKOBS, Günther. “¿Superación del pasado mediante el derecho penal? Acerca de la capacidad de rendimiento del derecho penal tras una fractura del régimen político”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 47 (2): 137-158, 1994. p. 138.

<sup>226</sup> *Supra* II.2.1.

<sup>227</sup> HEGEL, G.W.F., 2017. *Op. Cit.* p. 295.

<sup>228</sup> HAMPTON, Jean, 1998b. *Op. Cit.* p. 158.



la vía de remover sus consecuencias implica mantener, *à la* Jakobs, el conflicto presente, pues es la imposición de castigo lo que asegura la vigencia del derecho, que como señala el propio autor, es imprescindible para la existencia de una sociedad.

## 2.2. Consideraciones acerca de la retrospectividad y la prospectividad

Parte de quienes defienden el enfoque de la clemencia, como ha sido visto, lo hacen por consideraciones prospectivas, y más aún, utilitaristas, pues dirigen su atención al sufrimiento, pretendiendo disminuirlo por la vía de remover la aplicación del castigo. En ese sentido, tienden también a conciliar con ello una justificación utilitarista del castigo, principalmente la prevención general o especial, en tanto dicha mirada prospectiva hacia las consecuencias no sólo constituye un objetivo sino también su fundamento. Tal es el caso de Martha Nussbaum, quien pese a que ha declarado buscar trascender el utilitarismo y el retribucionismo, ha construido una variante del bienestarismo, que puede identificarse como estrechamente vinculada al primero.<sup>229</sup> La postura prevencionista de Nussbaum se evidencia en el siguiente pasaje de su libro *La ira y el perdón*:

Además del interés común en torno a la disuasión específica y general, y en ocasiones a la incapacitación, este juez también se pregunta cómo, en un mundo de fragilidad humana, podemos vivir todos de la mejor manera posible.<sup>230</sup>

Pese a que la autora en su libro insiste que no se trata de castigo, el objeto principal, de forma congruente con el objetivo utilitarista ya mencionado, de este puede resumirse en que lo que busca es la abolición del castigo, y consecuentemente reemplazarlo por el perdón -que es entendido como sinónimo a la clemencia-, o puesto en los términos de Zaibert: que deberíamos mitigar los irascibles y barbáricos impulsos del retribucionismo por los racionales, civilizados y prospectivos impulsos del perdón.<sup>231</sup> Ello, basado en su insistencia de comprender al retribucionismo como “pensamiento mágico” por la vía de denunciar la ilusión de la proporcionalidad, pero sin embargo lo ha hecho basándose en el análisis de una versión ortodoxa del *lex talionis* –“ojo por ojo, diente por diente”-, que difícilmente un retribucionista contemporáneo sostenga.

---

<sup>229</sup> ZAIBERT, Leo. *Op. Cit.* p. 184.

<sup>230</sup> NUSSBAUM, Martha, 2018. *Op. Cit.* p. 322. Lo que se enmarca en su propuesta de “ira transicional”. *Ibid.* pp. 68 y ss.

<sup>231</sup> ZAIBERT, Leo. *Op. Cit.* p. 186.

No obstante, este intento de sustituir al castigo penal por el perdón enfrenta problemas internos a la misma tesis que sostienen en tanto desfiguran la segunda noción. Ello pues, siguiendo el análisis introducido por Zaibert, una cosa es que si el castigo no maximiza la utilidad, no estaría justificado desde una mirada utilitarista y por tanto se opondrían a su imposición, sin embargo es algo distinto que este rechazo al castigo constituya una práctica de perdón. En definitiva, el perdón o la clemencia supone la no aplicación de la pena merecida, por lo que si el castigo no estaba justificado, no hay instancia de clemencia.<sup>232</sup>

Luego, enfrenta un segundo problema, de carácter más externo, consistente en que desde una mirada prospectiva, la aplicación de la clemencia produce un efecto contraproducente. Esto, pues por esa vía se dejan insatisfechas ciertas demandas de justicia, como ejemplo paradigmático, la de las víctimas, pero sobre todo, para lo aquí relevante, afecta a la sociedad entera dado que se ve frustrada la materialización del reproche, y con ello afecta al bienestar social que propugna Nussbaum. Mientras que como se demostró, el principio de justicia punitiva (retributiva) es la generalización de una práctica constitutiva de los sujetos, y el castigo resulta esencial para la materialización de un proceso comunicativo de que reestablezca la vigencia del derecho y los lazos que ha quebrantado en la sociedad. Por el contrario, la “*simpatía con el delincuente*” que pretende despertar Nussbaum puede considerarse artificial:

Lo que la sociedad debería expresar es lo siguiente: el crimen es indignante, pero podemos ver al delincuente con simpatía, como alguien que es más que el crimen y mejor que el, capaz de hacer bien en el futuro, y podemos ajustar la sentencia a ese pensamiento.<sup>233</sup>

Además, dicha insatisfacción prospectiva que produce la clemencia está relacionada íntimamente con la retrospectividad, pues como planteó Jakobs, el delito si bien es un hecho del pasado no se queda ahí, sino que permanece vigente en el presente, hasta que no se anule propiamente y se restaure la vigencia del derecho que constituye la comunidad.

Y dada esa conexión, cabe explorar una alternativa que concilie ambas dimensiones, la cual está dada por la posibilidad de reconciliar el retribucionismo con una ética consecuencialista, aunque no utilitarista. Mañalich, siguiendo a Ernst Beling, sostiene que:

---

<sup>232</sup> *Ibid.* p. 190.

<sup>233</sup> NUSSBAUM p. 323.

El interés promovido a través de la punición retributiva es un interés *sui generis*, que se deja entender como un interés *de segundo orden* frente al vasto y diverso conjunto de intereses primariamente resguardados por el respectivo ordenamiento jurídico, a saber: el interés en la preservación de la propia autoridad del Estado.<sup>234</sup>

Y esto se condice con la justificación de la pena que ha sido desarrollada en el capítulo anterior, y por tanto la relevancia de que la pena natural sea operativa bajo una comprensión de justicia punitiva para el cumplimiento de este “meta-interés”.

Los efectos que conlleva uno y otro principio en las demandas de justicia que la sociedad tiene, como ya fuera introducido en el capítulo anterior, relación con la perspectiva de las emociones. Ello se muestra en el hecho que respecto a la alternativa de considerar la pena natural como pena, el autor en definitiva sigue fungiendo como responsable de la realización del delito y es condenado por ello, a pesar de que la pena se considera funcionalmente cumplida. Por tanto, bajo esta perspectiva no hay necesidad de suspender emoción alguna para operativizar la dispensa de la pena, dado que se ve cumplida la demanda de justicia, mientras que en el caso de la clemencia habrá fundamentalmente insatisfacción por la no materialización del reproche merecido

Por tanto, a diferencia de la aplicación de la clemencia, con el principio de justicia punitiva no se ve solo satisfecha una dimensión retrospectiva, referida al merecimiento, sino que también puede considerarse sus efectos prospectivos: el reconocimiento y el restablecimiento del derecho.

### **3. LA PENA NATURAL DESDE EL MERECIMIENTO**

#### **3.1. La pena natural como pena: presupuestos de la equivalencia funcional**

Adoptar entonces, del modo que fuese anticipado, una perspectiva funcional para el reconocimiento de la pena natural -que se corresponde con una mirada institucional de la pena, provista en gran parte por el desarrollo de la teoría del castigo en Hegel-, supone que aquella debe contar con determinados elementos aparte del componente de aflicción, que permitan establecer esta equivalencia funcional e institucionalmente interpretada, con la pena estatal. Dichos componentes que deben ser considerados corresponden a, por un lado, un elemento de causalidad, y por otro, los criterios de imputación subjetiva.

---

<sup>234</sup> MAÑALICH, Juan Pablo, 2018b. *Op. Cit.* p. 40.

El primer componente, de causalidad, dice relación con la conexión causal, valga la redundancia, que debe exhibir el padecimiento especificado como auto-menoscabo que es susceptible de ser considerado como pena natural, con el delito que cometió la autora, en otros términos: la pena natural debe contar como una consecuencia del delito en cuestión.

Los criterios de imputación subjetiva, es decir, el dolo y la imprudencia, tienen relevancia en relación a una discusión referida a la operatividad de la pena natural, que tiene que ver con cuál es el criterio que permite su aplicación, esto es, si solo puede morigerarse o dispensarse la pena estatal en caso de que el desenlace lesivo sea consecuencia de solo delitos imprudentes, o bien en todo tipo de delitos, por lo que primero será necesario analizar estos dos criterios alternativos. En primer lugar, el dolo es entendido como el título de imputación por defecto en la regulación penal,<sup>235</sup>. De esta forma, en terminología de Hruschka, mientras que el dolo constituye el criterio ordinario de imputación, la imprudencia corresponde al criterio de imputación extraordinaria,<sup>236</sup> puesto que se corresponde con un criterio de evitabilidad secundaria, es decir una “inevitabilidad que podría haber sido evitable de no haberse infringido un deber de cuidado.”<sup>237</sup>

Dada esta diferencia entonces, hay quienes plantean que debiese resultar aplicable solo en el caso de estar frente a un delito imprudente, pues en estos casos no hubo previsión por parte del autor.<sup>238</sup> Ahora bien, nuevamente cabe recordar la distinción entre las dimensiones de agencia y paciencia que concurren en el caso de la pena natural: el control agencial se verifica sobre la causación del resultado delictivo, pero no sobre la consecuencia autolesiva.

Esto último, permite afirmar que sería perfectamente posible considerar un caso en que el delito hubiese sido realizado con dolo, pero el desenlace lesivo no hubiese sido previsto pues este se alejó de la consecuencia dentro del ámbito de lo esperable. En virtud de esto último, por ejemplo en un caso similar al [3], en el que por una activación temprana de una bomba el estallido produjo lesiones corporales en el propio autor. Sin embargo, el tribunal que conoció el caso descartó el

---

<sup>235</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “La imprudencia como estructura de imputación”. *Revista de Ciencias Penales*, vol. XLII (3): 13-36, 2015. p. 14.

<sup>236</sup> Véase HRUSCHKA 2009, pp. 11 y ss; 51 y ss.

<sup>237</sup> MAÑALICH, Juan Pablo, 2015. *Op. Cit.* pp. 16 y ss.

<sup>238</sup> Así la Corte de Apelaciones de Arica sostuvo que: “debe ser aplicada en forma restringida, en casos muy excepcionales y sólo tratándose de delitos cometidos con culpa, esto es, donde el actor actúa con imprudencia o negligencia, más no delitos dolosos, donde el hechor sabe y quiere la comisión del delito y sus efectos dañosos, debiendo para tener cabida penal atacar el elemento culpabilidad y el menor desvalor del mismo”. Corte de Apelaciones de Arica, Rol N° 326-2019. Considerando primero.

reconocimiento de una pena natural,<sup>239</sup> en circunstancias de que la decisión podría haber sido distinta, puesto que en virtud de los criterios antes vistos podría resultar procedente la institución, ya que si bien el autor si se representó el resultado consistente en el estallido de la bomba, dado que la autolesión corporal fue producida por el error en el mecanismo de activación, no podría ser enmarcado este último resultado -las autolesiones corporales-, dentro de su control agencial.

Lo crucial de realizar esta distinción entonces radica en que, si de modo contrario, se tuviera control sobre el desencadenamiento de la consecuencia lesiva, esta le sería imputable como delito y ahí no contaría como “devolución” en el sentido de una pena y por tanto tampoco habría, como se desarrollará en lo que sigue, infracción alguna al principio *ne bis in ídem*.

Por último, un caso que también resulta provechoso para ilustrar el punto sería el caso [6], en el cual *G* hiere de gravedad a *H*. Aquí, puede concluirse de la golpiza que *H* le propinó a *G*, el resultado acaecido -las lesiones- fue representado por parte de *H*, y por tanto no habría cabida para considerar una pena natural por el arrepentimiento e intento de suicidio de *H*, puesto la consecuencia fue expresión de su agencia. Por tanto, aquí cabría la pregunta si el arrepentimiento o el remordimiento -a lo cual Silva Sánchez le otorga centralidad-, constituyen una pena natural *per se*, y con arreglo a lo anterior la respuesta debiese ser negativa.<sup>240</sup>

### 3.2. Exceso punitivo y principio *ne bis in ídem*

Si de lo analizado anteriormente puede concluirse que la pena natural satisface las condiciones para ser considerada una pena, entonces de imponerse la sanción penal correspondiente al hecho punible realizado, ello derivaría en un exceso, puesto que en realidad se estarían imponiendo dos penas. Esta situación se halla prohibida en el ordenamiento jurídico a través de la consagración del principio *ne bis in ídem*, consistente en la “prohibición de que una misma persona sea juzgada o

---

<sup>239</sup> El argumento se desarrolló de la forma que sigue: “En cuanto a la segunda alegación, esto es, la concurrencia de lo que se ha denominado la pena natural, pide tener presente que nuestro sistema punitivo se rige por el principio de la legalidad, conforme al cual nadie puede ser castigado con una pena distinta a la señalada en la ley nuestro catálogo de sanciones, no contempla la posibilidad de considerar la pena natural como la sanción aplicable, o como un criterio de rebaja de la misma. Las perniciosas consecuencias de su conducta pudieron radicarse en un tercero distinto al acusado, y ello debe ser tenido en cuenta.” Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT N° 150-2012. *Considerando tercero*.

<sup>240</sup> En un sentido similar han sido cuestionadas las alternativas al castigo como la rehabilitación o la justicia restaurativa, dado que serían incompatibles con el principio de proporcionalidad. HUSAK, Douglas, 2010. *Op. Cit.* p. 436. y BROOKS, Thom, 2009. *Op. Cit.* pp. 60 y s.

sancionada dos veces por un mismo hecho”.<sup>241</sup> De ello se deriva que en realidad se trata de la conjunción de dos principios: el de prohibición de juzgamiento, por un lado y el de sanción, por otro. En el caso particular del reconocimiento normativo a una pena natural, recibiría aplicación el principio en su segundo sentido, es decir, como estándar de adjudicación consistente en la prohibición de sanción múltiple.

Aquí operaría entonces la primera dimensión del merecimiento que fue enunciada en el primer capítulo, a saber, la referida a la decisión de si el agente merece ser castigado o no. Ella se relaciona con el principio de culpabilidad, en tanto cumple la función de estándar sustantivo para la imposición de una sanción penal, lo que quiere decir que la materialización del reproche jurídico solo es legitimada en la medida en que dependa de un juicio de merecimiento personalizado.<sup>242</sup> Sin embargo, además de fungir la culpabilidad como estándar de imposición de la pena, también constituye un límite en el sentido de que debe ser adecuada *a la medida* de su merecimiento, lo que se relaciona con otro principio sustantivo: el de la proporcionalidad respectiva, y una de sus dimensiones corresponde a la prohibición de exceso.

Tratándose de la pena natural, si se reconoce una pena natural del modo que ha sido propuesto interpretarla, la imposición de la pena estatal resultaría excesivo, pues se estarían imponiendo dos sanciones por un mismo hecho culpable.<sup>243</sup>

### 3.3. Posibilidades de aceptación en el derecho chileno vigente

Quedando establecidas ciertas consideraciones generales acerca de la operatividad de la pena natural bajo un principio de justicia punitiva, ahora cabe analizar las posibilidades concretas de cabida de esta interpretación en el ordenamiento jurídico nacional. Es así como la presente sección arrancará de la propuesta de reconocimiento de operatividad a la pena natural que se encuentra disponible en la literatura chilena, correspondiente a la lectura del artículo 69 del Código Penal.

El artículo 69 hace de la “mayor o menor extensión del mal producido por el delito” un criterio para determinar la cuantía exacta de la pena (privativa de libertad), lo cual para efectos de

---

<sup>241</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “El principio *ne bis in ídem* en el derecho penal chileno”. Revista de Estudios de la Justicia, vol. 15: 139-169, 2011b. p. 140.

<sup>242</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “Culpabilidad y justicia procedimental”. En: PERIN, A. (Ed.) y ACKERMANN, I.E. (Coord.), *Imputación penal y culpabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. pp. 77-101. p. 96.

<sup>243</sup> Aquí debe entenderse la imposición en sentido laxo tratándose de la pena natural, pues ésta es impuesta por el mundo o la naturaleza y el estado lo que hace es reconocerla.

subsumir bajo este artículo la aplicación de la pena natural, dicho “mal causado” podría interpretarse más allá de la forma tradicional -el mal causado a la víctima-, en el sentido de identificar el mal causado con la consecuencia autolesiva.

Ahora bien, la aplicación de este artículo presupone determinar, interpretativamente, qué puede contar como mal producido bajo el artículo 69, es decir, que sea considerado como mal el delito mismo, o bien, la ocurrencia de males derivados de aquel. De esta forma, se ha dividido la discusión entre, por un lado, quienes consideran la pena natural como un mal extratípico, en el sentido de ser un efecto colateral del delito, lo cual quiere decir, que es una consecuencia pero independiente de la descripción típica, y, por otro lado, quienes la conciben como un mal típico, lo cual quiere decir que lo que está en juego es la valoración del injusto culpable.<sup>244</sup> Esto se deriva de la comprensión del problema de la pena natural, como resume Bobadilla:

Estamos frente a casos en donde se producen efectos adversos para el imputado que se encuentran fuera de esta esfera de atribuibilidad y, ante ello, tenemos dos opciones: o los consideramos para morigerar la pena a aplicar o eludimos su existencia. Si optamos por la segunda alternativa, aplicando la pena como si el imputado no hubiese ya recibido un gravamen considerable como consecuencia de la comisión de su delito, estamos aplicándole una pena en una extensión que no se corresponde con la medida de su culpabilidad. Es más, aplicaremos una pena por sucesos que, de haber podido prever, habrían significado una modificación en su comportamiento delictivo.<sup>245</sup>

Lo anterior se inserta en el marco de la discusión entre las perspectivas de la pena natural como, por una parte, una compensación de culpabilidad y, por otra, de punibilidad.<sup>246</sup> Adscribe a esto último Van Weezel, cuya posición “punibilista” coincide con la admisión de males derivados del delito, es decir, consecuencias extratípicas, las cuales el autor limita a las objetivamente imputables al autor, caracterizando el artículo 69 del siguiente modo:

ii) las repercusiones, que necesariamente serán extratípicas, derivadas de la tentativa y del delito frustrado; iii) las demás repercusiones extratípicas del hecho, tanto en los delitos de resultado como en los de mera acción [...] En todos estos casos, el Art. 69 sólo alcanza a las repercusiones del hecho que sean, al menos, objetivamente imputables al comportamiento típico. Es discutible si además debe existir dolo o culpa respecto de ellas, y si debe tratarse de repercusiones culpables. De todas

---

<sup>244</sup> BOBADILLA, Carlos. *Op. Cit.* p. 601 y ss.

<sup>245</sup> *Ibid.* p. 605.

<sup>246</sup> *Ibid.* 560 y ss.

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 incendio (Art. 474).<sup>247</sup>

Por otra parte, la propuesta de lectura del artículo 69 CP esgrimida por Bobadilla se vincula con la llamada “compensación de culpabilidad”, y la adopción de esta supone una disminución hipotética de la extensión del mal producido por el delito. Sin embargo, resulta problemático comprender que la pena natural afecta la culpabilidad, pues como ha sido explicado es crucial distinguir las dimensiones de agencia y paciencia que concurren en la persona respecto de la cual se puede reconocer una pena natural, y ello quiere decir que la declaración de culpabilidad debe permanecer intacta respecto al delito cometido, sin perjuicio de que el reconocimiento de la pena natural surta efecto en la pena estatal, pues este efecto justamente se debe a que lo primero le resulta imputable. Por ello, en adelante las alternativas de operatividad de la pena natural que serán exploradas estarán referidas a la “punibilidad”, es decir, que manteniéndose intacta la culpabilidad por el delito cometido, se buscará reconocer un efecto en la pena a ser impuesta.

En ese sentido, resulta más plausible una lectura alternativa del precepto a la realizada por Bobadilla, que lleve a considerar toda la extensión (fenoménica) del mal producido por el delito, pero confiriéndole un efecto inverso. Así, mientras mayor sea el mal producido por el delito para el autor, y que en este sentido admita ser interpretado como una pena natural, habría de morigerarse proporcionalmente la pena “artificial” susceptible de serle impuesta como consecuencia al hecho punible en cuestión. Esta propuesta de (re)lectura resulta conveniente en tanto es compatible con la proporcionalidad, que es la segunda dimensión del merecimiento. Y por supuesto, también lo es respecto al principio *ne bis in ídem*, puesto que de cierta forma se *equilibra*, por un lado, el reconocimiento de la pena natural y por otro, la aplicación de la pena forense.

Ahora bien, esta propuesta de *lege lata* presenta una eficacia limitada, y en último término insuficiente bajo la concepción de equivalencia funcional aquí presentada. De ahí que quepa seguir preguntándose por la posibilidad de una *prescindencia* o dispensa total de la pena estatal, con arreglo al derecho chileno vigente. Para ello, resulta conveniente echar mano a algunas decisiones judiciales recientes, como el caso de la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, en la que se

---

<sup>247</sup> VAN WEEZEL, Alex. “Determinación de la Pena Exacta: El artículo 69 del Código Penal”. *Ius et Praxis*, vol. 7 (2): 401-407, 2001. [en línea] <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122001000200017>>.



absolvió a una madre que dio muerte a su hija en circunstancia de estar conduciendo en estado de ebriedad.<sup>248</sup>

La decisión del tribunal en dicho caso, se fundamenta por la aplicación de una analogía *in bonam partem* de la segunda causal del artículo 93 del Código Penal, consistente en la extinción de la responsabilidad penal por cumplimiento de la condena.<sup>249</sup> Si bien se sostendrá aquí que ello constituye una solución plausible con arreglo a la normativa vigente, no deja de ser llamativo que la decisión alcanzada haya consistido en la absolución de la autora, por lo que cabe detenerse en esa circunstancia, además de analizar de qué forma se justifica la plausibilidad antes referida.

La extrañeza que produce la decisión de absolución se genera en dos niveles: por un lado, por una aparente falta de comprensión del precepto legal, y por otro, por lo incompatible que resulta con el fundamento de la dispensa de la pena estatal desde un principio de justicia punitiva. Sobre lo primero, desde el punto de vista legal, de la lectura del artículo 93 n°2, en tanto reconoce que la condena ya fue cumplida, resulta incomprensible que la decisión devenga en absolución pues se está asumiendo que la autora merecía una condena pero esta fue ya cumplida por medio de la pena natural. Además, debe tenerse en consideración que el catálogo de circunstancias del artículo 93 son entendidas como obstáculos a la punibilidad -y no a la culpabilidad-, y como tal suponen que el comportamiento ya ha activado la potestad punitiva, ya que sino no tendría sentido hablar de extinción respecto a algo que no ha nacido, siendo la única excepción en que ello ocurre, de forma retroactiva, el caso de la amnistía, que justamente constituye una forma de gracia, y se encuentra sujeta a los mismos problemas que fueron identificados previamente.<sup>250</sup>

Por otro lado, el tribunal esgrime como efectos de la pena natural la imposición de una más benigna o la absolución, cuando lo que parece ser que busca expresar el tribunal es el carácter parcial o total de la dispensa de la pena. Empero, no hay motivo alguno por el cual deba equipararse la dispensa de la pena estatal con la absolución, pues la decisión sobre la extensión del efecto de la dispensa debiese descansar en la proporcionalidad del padecimiento con relación a la pena estatal a imponerse legalmente, y no por la distinción de responsabilidad por el delito, en el sentido que uno u otro caso sea de condena o absolución, lo que nuevamente dice relación con la confusión entre

---

<sup>248</sup> Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, RIT N° 170-2018.

<sup>249</sup> ART. 93. La responsabilidad penal se extingue:

[...] 2.º Por el cumplimiento de la condena.

<sup>250</sup> Sobre la amnistía como institución de la gracia, fundamental MAÑALICH, Juan Pablo, 2010. *Op. Cit.* pp. 135 y ss.

la punibilidad y la culpabilidad. Por ello, en todo caso la solución debiese consistir en la mantención la sentencia condenatoria, con la consideración de la circunstancia del cumplimiento -a través de la pena natural- de la pena estatal que correspondía ser impuesta por el delito cometido por la autora.

Respecto al segundo nivel, es decir, la revisión de la decisión del tribunal desde la perspectiva de la justicia punitiva, conforme a la comprensión funcional de la pena natural, la decisión no podría sino ser de condena, con independencia de que no se imponga en términos estrictos una pena estatal, ya que precisamente la solución de dispensa responde a que la pena ya se ha impuesto natural o informalmente, y ha sido (re)interpretada institucionalmente como tal. Enseguida, habría que considerar que sostener la absolución, por el contrario, se asemeja más bien a la perspectiva de la clemencia, puesto que aquella sostiene una renuncia -justificada en un ejercicio de autoridad-, a responder jurídico-penalmente al hecho, como se ha insistido más arriba. Ahora bien, esta renuncia podría ser expresada tanto como bajo la forma de la absolución, como también bajo la dictación de un sobreseimiento definitivo, en definitiva lo relevante es que no se vea materializada una punición.

Las consideraciones anteriores se hallan en conexión con lo que antes ha sido definida como la distinción entre las dimensiones de agencia y paciencia, ya que mientras que por la primera debe tenerse responsabilidad, por la segunda debe dispensarse la pena merecida por la primera, precisamente por ese carácter merecido. Además, conectándolo a lo sostenido en el capítulo anterior, resulta relevante tener en cuenta la dimensión institucional de la pena, en tanto materialización de la declaración del reproche, pues si se considera cumplida la pena, a través del padecimiento qua pena natural, ello significa que la pena natural independiente de su carácter natural, cuenta como una materialización del reproche de culpabilidad, y por tanto dicha declaración debe mantenerse, por la vía de la declaración de condena. Y del modo que fuere desarrollado previamente a propósito de la relación entre la irrogación de mal y la expresión de reproche, la sentencia condenatoria no consiste en la materialización de reproche en sí, sino que es un requisito procedimental para esta,<sup>251</sup> por lo que también debiese contar como una condición para la operatividad de la pena natural en tanto es entendida como equivalente a la pena estatal. Además, ya en el ámbito de las consecuencias de dicha declaración y la interpretación de la pena natural como materialización del reproche, es preciso recordar que su importancia está dada razones retrospectivas pero que también tienen incidencia de forma prospectiva, que se vinculan a que el

---

<sup>251</sup> *Supra* II.3.3.

castigo se impone porque es merecido por el autor por su hecho delictivo, así como también la necesidad de anular ese hecho pues representa un conflicto en el presente.<sup>252</sup>

Como último elemento a considerar para la plausibilidad del reconocimiento a la operatividad de la pena natural de *lege lata* debe atenderse a uno de los argumentos que fue vertido en la decisión del Cuarto Juicio Oral en lo Penal de Santiago ya referida,<sup>253</sup> consistente en que la aplicación de la pena natural no puede ser reconocida en nuestro ordenamiento jurídico vigente pues infringe el principio de legalidad penal que se halla consagrado constitucionalmente en el artículo 19 n°3 CPR y que versa que “ningún delito se castigará con otra pena que la que señale la ley”. Sin embargo, podría ser considerado que ello no representa más que una “relajación” relativa de dicho principio puesto que bajo la reinterpretación que aquí ha sido propuesta, debe sujetarse a criterios que la vuelven equivalente a una pena estatal, y sobre todo pretende ser sometida a un estándar de proporcionalidad, puesto que como ya ha sido expuesto el merecimiento es el elemento central para el principio de justicia punitiva. Además, debe tenerse en cuenta que la operación es respetuosa con el aforismo *in dubio pro reo*, puesto que lo que se está morigerando o dispensando la pena a ser impuesta sobre el autor, para evitar el acacamiento de un exceso en su contra.

### **3.4. Desafíos y consideraciones de *lege ferenda***

De lo visto anteriormente se derivan algunas preguntas que quedan abiertas y que no pretendo zanjar del todo aquí, sino esbozar algunos elementos que contribuyan a su respuesta, y tomando en cuenta que ello pertenece a un programa de investigación sobre la pena natural.

Una de las interrogantes más complejas corresponde a cómo concretizar el estándar de proporcionalidad, dado el carácter ineludiblemente fenoménico de la pena natural que hace imposible predecir y regular todas las posibles manifestaciones, lo que sugiere que cualquier consagración debe ser un de carácter más bien abierta, quedando bajo el criterio del tribunal sus consideraciones específicas. Sin embargo, ello no obsta a realizar un esfuerzo por elaborar algunos criterios, que debiesen estar vinculados al elemento que permite su (re)interpretación normativa, que es su significación punitiva. En razón de ello, podría pensarse la proporcionalidad en función de la gravedad de la lesión, teniendo a la vista el marco penal que le hubiese sido aplicable en caso de haberse sido punible y castigada como delito propiamente tal, por ejemplo, en un caso como el

---

<sup>252</sup> *Supra* III.2.2.

<sup>253</sup> *Supra* III.3.1

caso [3], la pena se vería reducida de manera proporcional a la pena que correspondería por ejemplo, de mutilación del artículo 396 del CP.

No obstante, ello suscita a su vez, otras interrogantes de igual complejidad. Por un lado, se presenta el problema por la pregunta por las formas aceptables de pena que podría obstar a esta equivalencia, ya que la jurisprudencia internacional ha interpretado algunas penas pueden constituir tratos crueles, inhumanos o degradantes, como es el caso de las penas corporales.<sup>254</sup>

Por otro lado, también representa una dificultad la asimetría entre los casos de autolesión y heterolesión, pues en definitiva no resulta equivalente que la consecuencia punitivamente relevante recaiga en el propio autor, como el caso [3], que en un tercero. Sin embargo, frente a ello, podría contar como una propuesta de racionalización de criterios de cercanía que el propio ordenamiento legal reconoce en ciertos casos, como el Código Procesal Penal, que en su artículo 108 prevé a quienes reemplazan al ofendido por el delito como víctima: cónyuge, conviviente civil, hijos, ascendientes, conviviente, hermanos, adoptado o adoptante.

Un tercer problema que surge a propósito del estándar de proporcionalidad, es una diferencia a primera vista un tanto intuitiva que surge entre el caso de manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte (caso [1]) y delito contra la salud “pública” (caso [9]). Sin embargo, dicha intuición probablemente se halla relacionada a la relevancia típica del padecimiento, lo que si se satisface en el caso de la primera, mientras que en la segunda no. Esto quiere decir, que en el segundo caso, la consecuencia consistente en la muerte de *Q* no tiene incidencia alguna en la imputación del delito respectivo, ya que al tratarse de un delito de peligro abstracto, se vuelve difícil de admitir que dicha consecuencia tenga efectos sobre la pena merecida por este. Por tanto, este criterio también podría ser relevante para la demarcación de la operatividad normativa.

Por otra parte, un elemento que también resulta útil para una futura consagración normativa de *lege ferenda* de la pena natural en el Código Penal chileno, es tener a la vista algunas alternativas del derecho comparado y chileno. En este sentido, primero cabe considerar en el ámbito de la

---

<sup>254</sup> En ese sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las siguientes sentencias: Corte IDH. Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 11 de marzo 2005. Serie C No. 123 y Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C N° 260.

regulación comparada, el artículo 60 del Código Penal alemán (StGB) que contempla la institución de la prescindencia de la pena del siguiente modo:

§60. El tribunal puede prescindir de pena cuando las consecuencias del hecho que el autor ha sufrido son de tal gravedad que la imposición de una pena sería manifiestamente equivocada. Esto no es aplicable cuando el autor ha incurrido por el hecho en una pena privativa de la libertad superior a un año.<sup>255</sup>

Al respecto, a mi juicio proceden dos observaciones. En primer lugar, cabe cuestionarse la limitación consistente en la duración de un año de la pena privativa de libertad de la solución alemana, pues ello supone restringir la centralidad de la medida del merecimiento como estándar de proporcionalidad entre la equivalencia funcional de la pena natural y la pena artificial, ya que se le impone un margen artificial al estándar de proporcionalidad enunciado. En segundo lugar, y siguiendo a Miguel Ángel Cano, quien en el análisis de esta disposición, diferencia procesalmente el efecto de esta a la absolución, traduciéndola como “desistimiento” de la absolución,<sup>256</sup> lo cual se hallaría en conformidad con el principio de justicia punitiva, pues como fue desarrollado anteriormente la decisión no debe ser de absolución en tanto la responsabilidad por la realización del delito debe mantenerse intacta, ya que la pena natural no opera al nivel de la culpabilidad sino de la punibilidad. No obstante, esta compatibilidad con el principio de justicia punitiva no implica que esta corresponda necesariamente una solución retributivamente justificada, pues la amplitud de la redacción de la regla, ella podría también ser al mismo tiempo compatible con otras justificaciones, por ejemplo, prevencionistas. Para una interpretación retribucionista, en que prime el merecimiento, sería necesario tener a la vista criterios como los que aquí han sido propuestos.

Por otra parte, volviendo a Chile, en el Anteproyecto de Código Penal de 2018, fue propuesta el reconocimiento a la pena natural de dos formas: como morigeración de la pena estatal bajo la forma de una circunstancia atenuante,<sup>257</sup> y como dispensa de la pena, del siguiente modo:

---

<sup>255</sup> La traducción corresponde a la versión realizada por Claudia López Díaz publicada por la Universidad del Externado de Colombia en el año 1999.

<sup>256</sup> CANO, Miguel Ángel. “Las medidas alternativas a la pena de prisión en el derecho comparado”. *Revista internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 8: 1-44. p. 12.

<sup>257</sup> Art. 75. *Atenuantes*. Constituyen circunstancias atenuantes: [...] 5° la de haber sufrido a resultas del hecho consecuencias cuya gravedad haga inadecuado o innecesario imponer la pena en toda su extensión.

Art. 94. *Dispensa de la pena.* El tribunal podrá prescindir de la pena si las consecuencias que el delito hubiere irrogado a su autor fueren de tal gravedad que la hicieren innecesaria para el cumplimiento de sus fines, siempre que la pena a imponer fuere reclusión, libertad restringida, multa o trabajo en beneficio de la comunidad.

Aquí nuevamente considero que no resulta conveniente restringir su aplicación, que esta vez se realiza a través de la exclusión de la pena de presidio. Con todo, si bien representa un avance la propuesta de reconocimiento de operatividad en el derecho nacional, debiese ampliarse su margen para que opere propiamente una equivalencia funcional.

### **3.5. Neutralización (normativa) de la suerte**

Con esto quedamos en condiciones de volver al objeto de análisis inicial: el problema de la suerte moral y jurídica. La propuesta de interpretación de la pena natural que ha sido presentada en este trabajo, esto es, su elucidación a través de consideraciones que permiten su reinterpretación de modo jurídico y funcionalmente equivalente a la pena estatal, representan en última instancia una forma de neutralización normativa del azar.

Ello, pues tanto por la vía de hacer reconocibles los elementos -causalidad e imputación subjetiva- que permiten demarcar los casos de pena natural, estos son, cuando la consecuencia lesiva efectivamente tiene significación punitiva, así como también las posibles alternativas que puede recibir operatividad, son aquellas que pueden dejar intacta la responsabilidad por el delito cometido, pero reconociéndole efecto a la pena natural, incidiendo de manera proporcional en la rebaja de la pena artificial. Todo ello, se halla en conformidad con el merecimiento del agente-paciente, pues se respeta como estándar para el establecimiento de su responsabilidad, así como también se atiende a su dimensión de límite en su variante de proporcionalidad a través del principio *ne bis in ídem*.

Por tanto, ello neutraliza la pretendida relevancia del azar frente al merecimiento, de dos formas: primero, o por tratarse de un caso de suerte resultante puede objetarse la responsabilidad pues tuvo control agencial sobre el delito, por lo que no puede afectar el reproche de culpabilidad. Segundo, tratándose de la consecuencia como tal, la pena es dispensada -parcial o totalmente-, no en razón del sufrimiento azaroso, considerándolo como un autocastigo, sino por la significancia punitiva que tiene la consecuencia y que la hace interpretable como un equivalente funcional a la pena estatal.

Incluso dentro de la justicia punitiva, a pesar de sostenerse una posición disímil a la que aquí se ha presentado respecto a la imputación subjetiva, esto es, aun defendiendo un reconocimiento restringido de la pena natural solo en caso de tratarse de delitos imprudentes por no haber previsto las consecuencias del delito, cabe notar que ambos criterios de imputación -imprudencia y dolo- presuponen la posibilidad de atribuir la conducta a la agente, lo que significa que el carácter en alguna medida azaroso bajo esta comprensión de justicia deja en todo caso intacta la atribución de responsabilidad, a diferencia de la clemencia que fundamenta una renuncia a la materialización de esta. Es en este sentido además en el que se deja también explicar la insistencia en que la decisión judicial debe necesariamente ser una sentencia condenatoria, puesto que este padecimiento, que como ya fuere afirmado constituye una forma de mala suerte resultante, debe dejar intacta la responsabilidad por el delito puesto que el autor tuvo control agencial respecto a este, mientras que tratándose de la consecuencia lesiva “azarosa” o de la cual no tuvo control, exhibe relevancia no en razón de dicho azar o falta de control, sino que en virtud de su interpretación a la luz de otros elementos cuya aplicación está limitada por el merecimiento.

En este sentido, cabe volver a destacar los componentes esenciales bajo los cuales sería posible reconocer operatividad normativa a una pena natural:<sup>258</sup>

- (1) Componente agencial: La persona funge como autor o autora de un delito, porque tuvo control agencial sobre su realización, ya sea que haya sido realizado con dolo o imprudencia, de forma que le es imputable.
- (2) Componente aflictivo: De la realización de dicho delito se deriva una consecuencia que se desvía de dicho control agencial -por tanto puede ser considerada como azarosa., y que representa un “auto-menoscabo” para el propio autor del delito, configurando lo que ha sido llamada la dimensión de paciencia.
- (3) Componente natural-punitivo: Dicha consecuencia aflictiva (2) puede ser considerada como castigo merecido en el sentido de una “devolución” por parte de la naturaleza o el mundo por el delito realizado por el autor (1), que permite que sea reinterpretado como una pena estatal.

---

<sup>258</sup> Sin perjuicio de que puedan ser complementados por otras consideraciones que fueron esbozadas para un desarrollo de *lege ferenda*. *Supra* III.3.3.

Retomando los casos que fueran presentados y desarrollados a lo largo de este trabajo a propósito de distintas discusiones,<sup>259</sup> habría que volver a afirmar que bajo los criterios esbozados solo resultarían operativos los casos [1] y [2], ya que pueden distinguirse claramente su control agencial respecto a la realización del delito, pero su falta de control respecto a la consecuencia que funge como auto-menoscabo. Respecto a la circunstancia de que el primer caso sea un caso de heterolesión, este sería compatible con lo propuesto en la subsección precedente en relación al artículo 108 CPP.

A *contrario sensu*, no permiten ser admitidos como pena natural los casos restantes por no cumplir dichos criterios, y además de que algunos de ellos presentan dificultades ulteriores. Así, en los casos [3] y [5] no se verifica el tercer elemento ya que la consecuencia lesiva no es una de carácter “natural”, sino que es obra de otras personas, y en el caso [3] incluso podría ser constitutivo de otro delito, lo que excluye su interpretación como pena, en el sentido que esta ha sido precedentemente distinguida de la venganza. En el caso [4] lo que podría ser entendido como componente aflictivo no corresponde a una consecuencia sino que dice relación con una circunstancia anterior, por lo que no se cumpliría el segundo componente. En el caso [6] no hay dimensión de paciencia pues hubo control agencial respecto a la consecuencia que podría considerarse aflictiva. Respecto a los casos [7] y [8] resulta difícil subsumirlos bajo el segundo componente pues la realización del delito puede tener consecuencias lesivas pero no para el autor sino para otras personas, es decir, familiares y sociales, respectivamente. Por último, el caso [9] resulta difícil de compatibilizar con el tercer componente, puesto que la consecuencia no tiene relevancia típica como para que surta efecto en la pena por el delito.

Aunque como ya se ha enunciado, estos criterios no pretenden ser concluyentes de modo de cerrar aquí la investigación, sino más bien proveer un punto de partida para una comprensión de la pena natural que sea compatible con una justificación retributiva de la pena, ya que es la que está en mejores condiciones de, a través de la centralidad de merecimiento, compatibilizar la neutralización de algunos excesos producidos por obra del azar, con el reconocimiento a la agencia y responsabilidad que hace posible la vida en comunidad.

---

<sup>259</sup> Para la presentación de los casos, véase *supra* II.1.1.; Para los casos 3 y 5 véase *supra* II.3.2.; Para el caso 6 véase *supra* III.3.1.; Para los casos 7 y 8 véase *supra* II.2.3.; Para el caso 9 véase *supra* III.3.4.



## CONCLUSIONES

Como modo de concluir este trabajo, será repasada la intención principal de este, consistente en demostrar las conexiones existentes entre la pena natural, la suerte y el principio de justicia punitiva, las cuales fueron desarrolladas del modo que sigue:

1. La existencia de la suerte moral y jurídica representan un problema en sede de atribución de responsabilidad. La pena natural, al ser interpretada como un caso de suerte (resultante) con consecuencias jurídicas, representa un desafío para el derecho en términos de decidir si reconocerla o neutralizarla normativamente.
2. La pena natural configura un dilema definicional en tanto no hay un concepto unívoco sobre el cual uno pueda trabajar, frente a lo cual hay dos opciones, adoptar un concepto amplio o fenoménico, que tome en consideración el componente aflictivo de sus distintas manifestaciones fenoménicas, o un concepto restringido o funcional, que la (re)interprete funcionalmente como una pena en virtud de elementos propios de la teoría del hecho punible, consistentes en la causalidad y los criterios de imputación subjetiva.
3. Las alternativas interpretativas son sin embargo especialmente sensibles a su fundamentación: el concepto fenoménico se corresponde con un principio de clemencia, que propone proveer de operatividad a la pena natural sobre la base del sufrimiento azaroso y relevando ciertas emociones compasivas, mientras que el concepto funcional se asocia al principio de justicia punitiva en tanto implica comprender a la institución como un equivalente funcional a la pena estatal, y como tal debe cumplir con ciertos criterios para su operatividad.
4. No obstante, ambos principios parecen presentar dificultades, ya que por una parte, bajo el principio de clemencia persisten aquellos aspectos problemáticos de la institución de la gracia, relacionados con que esta representa una institución de ejercicio de soberanía, cuyos parámetros no se adecúan a estándares claros y objetivos esperables de un Estado de Derecho, y además que más que una respuesta configura una renuncia, lo cual afecta el reconocimiento. El enfoque de justicia punitiva, por otra parte, representa *prima facie* dificultades respecto a dónde ubicar la pena natural dentro del panorama de teorías de justificación de la pena, en tanto algunas privilegian la dimensión fáctica y otras la expresiva.

5. Parece ser que la opción que presenta un mayor rendimiento es la (re)interpretación estatal de la pena natural bajo un principio de justicia punitiva, siguiendo la teoría de la pena de Hegel. Ello, pues el énfasis en el componente institucional de la pena es compatible con una comprensión funcional de esta, principalmente en consideración al rol que se le atribuye a la institución del tribunal en la imposición de una pena, que puede resultar análoga a su posición de reinterpretar la pena natural, en tanto cumple también con un reconocimiento de la agencia del autor y restituye la validez del derecho.
6. La comprensión de la pena natural como pena se traduce en términos jurídicos en que, en caso de imponerse la pena estatal, habría un exceso punitivo en tanto recaerían sobre el autor dos penas, lo cual constituiría una infracción al principio *ne bis in ídem*, por lo que debe buscarse una alternativa que equilibre la imposición de la pena estatal con el reconocimiento de la pena natural, a través de un estándar de proporcionalidad. Constituyen elementos relevantes para el reconocimiento de la pena natural en el ordenamiento jurídico nacional vigente, con arreglo al principio de justicia punitiva, la consideración de que primero menoscabo debe ser exhibir una conexión causal con la realización del tipo de delito, y que este no puede haber estado bajo el control agencial de la autora. Respecto a consideraciones procesales, en caso de prescindirse la pena estatal, la decisión en todo caso debe ser de condena, respetando la separación entre las dimensiones de agencia y paciencia que concurren en la persona de cuya pena natural se trata.
7. La concreción de un estándar de proporcionalidad representa una dificultad todavía latente para la operatividad de la pena natural, si se atiende a la dimensión ineludiblemente natural o fenoménica de las manifestaciones de esta, y por la asunción de que debido a ello será el tribunal quien en última instancia considere los aspectos particulares de cada caso y sus correspondientes efectos. Y aunque la investigación no es conclusiva a este respecto, se espera haber aportado con ciertos elementos relevantes para su desarrollo posterior.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ADLER, Jonathan E. "Luckless Desert is Different Desert". *Mind, New Series*, vol. 96 (382): 247-249, 1987.
- ANDERSON, Elizabeth S. "What Is the Point of Equality". *Ethics*, vol. 109 (2): 287-337, 1999.
- ANSELM, Saint Archbishop of Canterbury. *The Major Works*. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- ARENDT, Hannah. *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*. Nueva York: Penguin, 1964.  
\_\_\_\_\_ *Responsibility and Judgment*. Nueva York: Schocken Books, 2003.
- BEADE, Gustavo. *Suerte moral, castigo y comunidad. Un análisis de la relevancia moral de la suerte en el resultado*. Madrid: Marcial Pons, 2017.
- BEADE, Gustavo y LORCA, Rocío. "¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién? Un diálogo sobre la legitimidad del castigo en contextos de exclusión social". *Isonomía*, vol. 47: 135-164, 2017.
- BELING, Ernst, *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*. Leipzig: Wilhelm Engelmann, 1908
- BERMAN, Mitchell N. "Two Kinds of Retributivism". En: DUFF, R.A. y GREEN, S.P., *Philosophical Foundations of Criminal Law*. Nueva York: Oxford University Press, 2011. pp. 433-457.
- BOBADILLA, Carlos. "La "pena natural": fundamentos, límites y posible aplicación en el derecho chileno". *Política Criminal*, vol. 11 (22): 584-619, 2016.
- BROOKS, Thom. "Punishment: Political, not Moral". *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, Vol. 14 (3): 427-438, 2011.  
\_\_\_\_\_ *Punishment*. Nueva York: Routledge, 2012.
- BRUDNER, Alan. *Punishment and Freedom. A Liberal Theory of Penal Justice*. Nueva York: Oxford University Press, 2009.
- CANO, Miguel Ángel. "Las medidas alternativas a la pena de prisión en el derecho comparado". *Revista internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 8: 1-44. p. 12.
- CARD, Claudia. "On Mercy". *The Philosophical Review*, vol. 81 (2): 182-207, 1972.  
\_\_\_\_\_ *The Unnatural Lottery. Character and Moral Luck*. Philadelphia: Temple University Press, 1996.
- CIGÜELA, Javier. "Reconocimiento, delito y pena: de Hegel a Honneth". *Política criminal*, vol. 15 (29): 202-229, 2020

- COHEN, G.A. *On the Currency of Egalitarian Justice, and Other Essays in Political Philosophy*. Nueva Jersey: Princeton University Press, 2011.
- DUFF, R.A. "Auctions, Lotteries, and the Punishment of Attempts". *Law and Philosophy*, vol 9 (1): 1-37, 1990.
- \_\_\_\_\_ *Criminal Attempts*. Nueva York: Oxford University Press, 1996.
- \_\_\_\_\_ *Punishment, Communication, and Community*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- \_\_\_\_\_ "The Intrusion of Mercy". *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 4: 361-387, 2007.
- \_\_\_\_\_ *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.
- ENOCH, David. "Luck Between Morality, Law, and Justice". *Theoretical Inquiries in Law*, vol 9 (23): 23-59, 2007.
- \_\_\_\_\_ "Moral Luck and the Law". *Philosophy Compass*, vol. 5: 42-54, 2010.
- FEINBERG, Joel. *Doing and Deserving. Essays in the Theory of Responsibility*. Nueva Jersey: Princeton University Press, 1970.
- \_\_\_\_\_ *Problems at the Roots of Law. Essays in Legal and Political Theory*. Nueva York: Oxford University Press, 2003.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Emociones, responsabilidad y derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- GÜNTHER, Klaus. "Criminal Law, Crime and Punishment as Communication". En: SIMESTER, A.P., DU BOIS-PEDAIN, A. & NEUMANN, U. *Liberal Criminal Theory. Essays for Andreas von Hirsch*. Oxford: Hart Publishing, 2014. pp. 123-139.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis. *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*. Santiago: Legal Publishing, 2008.
- HAMPTON, Jean. "Forgiveness, resentment and hatred". En: MURPHY, J.G. & HAMPTON, J. *Forgiveness and Mercy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998a. pp. 35-87.
- \_\_\_\_\_ "The retributive idea". En: MURPHY, J.G. & HAMPTON, J. *Forgiveness and Mercy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998b. pp. 111-165.
- HART, H.L.A. *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- HEGEL, G.W.F. *Elements of the Philosophy of Right*. Nueva York: Cambridge University Press, 2014.
- \_\_\_\_\_ *Fundamentos de la Filosofía del Derecho o Compendio de Derecho Natural y Ciencia Política*. Madrid: Tecnos, 2017.

- HOBBS, Thomas. *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2017.
- HONIG, Bonnie. "Rawls on Politics and Punishment". *Political Research Quarterly*, vol. 46 (1): 99-125, 1993
- HÖRNLE, Tatjana. *Teorías de la pena*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2015.
- HRUSCHKA, Joachim. *Imputación y derecho penal: estudios sobre la teoría de la imputación*. Montevideo: B de F.
- HURLEY, Susana. *Justice, Luck and Knowledge*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.
- HUSAK, Douglas. *The Philosophy of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Sobrecriminalización. Los límites del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- JAKOBS, Günther. "¿Superación del pasado mediante el derecho penal? Acerca de la capacidad de rendimiento del derecho penal tras una fractura del régimen político". *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 47 (2): 137-158, 1994.
- KANT, Immanuel. *Die Metaphysik der Sitten, Werksausgabe*, tomo VIII. Frankfurt/Main: Suhrkamp, 1977.
- \_\_\_\_\_. *Crítica de la razón pura*. Madrid: Tecnos, 2002.
- \_\_\_\_\_. *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos, 2008.
- KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.
- LEWIS, David. "The Punishment that Leaves Something to Chance". *Philosophy & Public Affairs*, vol. 18 (1): 53-67, 1989.
- MALAMUD, Jaime. *Suerte, acción y responsabilidad: un ensayo sobre suerte, moralidad y castigo*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2008.
- MAÑALICH, Juan Pablo. "La pena como retribución". *Estudios Públicos*, vol. 108: 117-205, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Terror, pena y amnistía*. Santiago: Flandes Indiano, 2010.
- \_\_\_\_\_. "Retribucionismo expresivo. Acerca de la función comunicativa de la pena". En: KINDHÄUSER, U. y MAÑALICH, J.P. *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*. Montevideo: B de F, 2011a. pp. 29-55.
- \_\_\_\_\_. "El principio *ne bis in idem* en el derecho penal chileno". *Revista de Estudios de la Justicia*, vol. 15: 139-169, 2011b.

- \_\_\_\_\_ “Merecimiento, distribución y teodicea. El derecho penal en la teoría rawlsiana de la justicia”. En: GREZ, P., WILENMANN J. y FUENZALIDA, P. (Coords.). *Una vida en la Universidad de Chile: celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés*. Santiago: Thomson Reuters, 2014. pp. 389-415.
- \_\_\_\_\_ “La imprudencia como estructura de imputación”. *Revista de Ciencias Penales*, vol. XLII (3): 13-36, 2015.
- \_\_\_\_\_ “El concepto de acción y el lenguaje de la imputación”. En: ORMEÑO, J. (Ed.), *Acciones, razones y agentes. Ensayos sobre teoría de la acción e imputabilidad jurídica y moral*. Santiago: LOM Ediciones, 2016. pp. 55-95
- \_\_\_\_\_ “La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44 (2): 461-493, 2017.
- \_\_\_\_\_ “Respeto y retribución: la pena jurídica en La metafísica de las costumbres”. *Revista de Ciencia Política*, vol. 38 (3): 507-526, 2018a.
- \_\_\_\_\_ *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*. Santiago: Thomson Reuters, 2018b.
- \_\_\_\_\_ “Culpabilidad y justicia procedimental”. En: PERIN, A. (Ed.) y ACKERMANN, I.E. (Coord.), *Imputación penal y culpabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. pp. 77-101.
- MIZRAHI, Esteban. “La legitimación hegeliana de la pena”. *Revista de Filosofía*, vol. 29 (1): 7-31, 2004.
- MOORE, Michael S. *Placing Blame. A General Theory of The Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 1997.
- \_\_\_\_\_ “Compatibilism(s) for Neuroscientists”. En: VILLANUEVA, E. *Law: and the Philosophy of Action. Social, Political & Legal Philosophy vol. 3*, 2014. pp. 1-59.
- MOUFFE, Chantal. *El retorno de lo político. Comunidad, pluralismo, ciudadanía, democracia radical*. Barcelona; Paidós, 1999. P. 189.
- MURPHY, Jeffrie. “Forgiveness and Resentment”. En: MURPHY, J.G. & HAMPTON, H. *Forgiveness and Resentment*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998a. pp. 14-34.
- \_\_\_\_\_ “Hatred: a qualified defense”. En: MURPHY, J.G. & HAMPTON, J. *Forgiveness and Mercy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998b. pp. 88-110.
- \_\_\_\_\_ “Mercy and Legal Justice”. En: MURPHY, J.G. & HAMPTON, J., *Forgiveness and Mercy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998c. pp. 162-186.
- NAGEL, Thomas. *Mortal Questions*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

- NELKIN, Dana K. "Moral Luck". *En*: ZALTA, E.N. (Ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2019.  
 [en línea]  
 <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/moral-luck/>>.
- NUSSBAUM, Martha. *La ira y el perdón. Resentimiento, generosidad, justicia*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2018.
- OLSARETTI, Serena. "Justice, Luck and Desert". *En*: DRYZEK, J.S., HONIG, B. & PHILLIPS, A. (Eds.). *The Oxford Handbook of Political Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2008. pp. 436-449.
- QUERALT, Jahel. "El igualitarismo de la suerte". *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 38: 189-213, 2015.
- RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- RICHARDS, Norvin. "Luck and Desert". *Mind, New Series*, vol. 95 (378): 198-209, 1986.
- RIVERA LÓPEZ, Eduardo. "Responsabilidad y suerte moral. Circunstancias y consecuencias de la acción". *Análisis filosófico*, vol. XX (1-2): 33-54, 2000.
- ROSELL, Sergi. "Nagel y Williams acerca de la suerte moral". *Revista de Filosofía* vol. 31 (1): 143-165, 2006.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso. "Gracia y justicia: el lugar de la clemencia (En torno a la pena natural)". *InDret*, vol. 2: 1-25, 2018.
- SCANLON, T.M. "The Significance of Choice". *En*: VV.AA. *The Tanner Lectures on Human Values VIII*. Salt Lake City: University of Utah Press, 1988. pp. 151-216.  
 \_\_\_\_\_ *Moral Dimensions*. Londres: Belknap Press, 2008.
- SCHEFFLER, Samuel. "Justice and Desert in Liberal Theory". *California Law Review*, vol. 88 (3): 965-990, 2000.
- SCHLEIDER, Tobías. *Acción y resultado. Un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2011.  
 \_\_\_\_\_ "Responsabilidad y suerte penal. Reflexiones sobre un argumento de Eduardo Rivera López". *Isonomía*, vol. 34: 141-159, 2011.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "¿Puede considerarse el remordimiento una "poena naturalis"?"". *InDret Penal* vol. 3: 1-3, 2014.
- SMART, Alwynne. "Mercy". *Philosophy*, vol. 43 (166): 345-359, 1968.
- STATMAN, Daniel (Ed.). *Moral Luck*. Albany: State University of New York Press, 1993.
- STRAWSON, P.F. *Freedom and Resentment and Other Essays*. Nueva York: Routledge, 2008.

- TASIOULAS, John. "Mercy". *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series*, vol. 103: 101-132, 2003.
- TRABUCCO ZERÁN, Alia. *Las homicidas*. Santiago: Lumen, 2019.
- VALENZUELA, Jonatan. "La pena como penitencia secular. Apuntes sobre el sentido de la ejecución de la pena". *Revista de Derecho*, vol. XXIII (1): 255-268, 2010.
- VAN WEEZEL, Alex. "Determinación de la Pena Exacta: El artículo 69 del Código Penal". *Ius et Praxis*, vol. 7 (2): 401-407, 2001. [en línea] <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122001000200017>>.
- VOLOSINOV, V.N. *Marxism and the Philosophy of Language*. Nueva York: Seminar Press, 1973.
- WILLIAMS, Bernard. *Moral Luck. Philosophical Papers 1973-1980*. Cambridge: Cambridge University Press, 1981.
- \_\_\_\_\_ "Postscript". *En*: STATMAN, Daniel (Ed.). *Moral Luck*. Albany: State University of New York Press, 1993. pp. 251-258.
- ZAIBERT, Leo. *Rethinking punishment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- ZIMMERMAN, Michael. "Luck and Moral Responsibility". *Ethics*, vol. 97 (2): 374-386, 1979.
- \_\_\_\_\_ "Taking Luck Seriously". *The Journal of Philosophy*, vol. 99 (11): 553-576, 2002.

## **JURISPRUDENCIA NACIONAL**

- Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT N° 150-2012
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, RIT N° 170-2018
- Corte de Apelaciones de Arica, Rol N° 326-2019

## **JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL**

- Corte IDH. Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 11 de marzo 2005. Serie C No. 123.
- Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C N° 260.



## **NORMAS CITADAS**

Código Penal alemán (StGB)

Código Penal chileno

Código Procesal Penal chileno

Constitución Política de la República de Chile