

## **LA PENA NATURAL COMO CRITERIO DE OPORTUNIDAD: UN FRENO AL EXPANSIONISMO PENAL**

*NATURAL PENALTY AS A CRITERION OF OPPORTUNITY: A BRAKE ON CRIMINAL EXPANSIONISM*

Grace Elizabeth Moreno Yanes'  
gracemoreno59@hotmail.com  
Recibido:28/11/2018  
Aprobado: 22/04/2019

### **Resumen:**

Las legislaciones latinoamericanas son reconocidas por propender hacia la inflación o expansión del derecho penal. Conforme señala (Maier, J. Córdoba, G. 2009) si esa expansión penal carece de límites, correlativamente a la de la expansión de la pena estatal; lo único que se logrará es un Estado policial o gendarme.

Afortunadamente frente a esta política expansionista, existen instituciones que propugnan un derecho penal más humanitario, una de ellas es la pena natural.

Por lo tanto, este artículo dilucidará que la herramienta jurídica que posee el ministerio fiscal para racionalizar el poder punitivo del Estado se encuentra en la institución de la pena natural como criterio de oportunidad reglado; haciendo efectivos los postulados del intervencionismo penal mínimo y proscripción de penas crueles, al prescindir de la acción penal o desistir de la iniciada cuando se presente un hipotético de su aplicación.

### **Palabras clave:**

Pena natural, principio de oportunidad, principio de mínima intervención penal.

---

1 Graduada de la Maestría en Derecho Penal de la Universidad de Cuenca. Trabajo de investigación recomendado por el Tribunal de sustentación para su publicación.

**Abstract:**

Latin American legislations are recognized for their propensity towards inflation or expansion of criminal law. As refers (Maier, J. Córdoba, G. 2009) if that criminal expansion has no limits, correlatively to the expansion of the state penalty; the only thing that will be achieved is a police state or gendarme.

Fortunately, against this expansionist politics, there are institutions that promote a more humanitarian criminal law, one of them is the natural punishment.

Therefore, this article will clarify that the legal tool that the fiscal ministry has to rationalize the punitive power of the State is found in the institution of natural punishment, through the principle of opportunity; making this way effective the postulates of minimum intervention and proscription of cruel punishments, by dispensing the criminal action or desisting from the one initiated when a case of its application is presented.

**Keywords:**

Natural punishment, principle of opportunity, principle of minimum intervention.

## Introducción

Tradicionalmente el derecho penal ha sido reconocido por su carácter eminentemente sancionador. Por ello, (Maier, 2009) sostiene que la pena estatal desafortunada o acertadamente da igual, pues actualmente no se trata de un juicio, sino de una realidad política y social verificable; lo que ha provocado su aplicación indiscriminada fenómeno conocido como inflación o expansión del derecho penal. Este expansionismo penal, pierde de vista al principio de subsidiariedad y con ello, el de la concepción de derecho penal como *última ratio* en la política social.

En esta línea, el Estado descarga su poder punitivo a través de su manifestación más latente: la pena privativa de libertad. Por ello (Nino, 1987) acertadamente sostiene que la pena se distingue de otras sanciones y medidas coactivas aplicadas por el Estado por la finalidad (no necesariamente última) de colocar a sus receptores en una situación desagradable que implica sufrimiento.

Frente a la esencia castigadora del derecho penal, existen *instituciones* que pretenden limitar su ejercicio con miras a consolidar los postulados del intervencionismo penal mínimo, y; por consiguiente de un derecho penal más humanitario. Una de ellas es la *pena natural*, institución que recoge aquellos hipotéticos donde el infractor a consecuencia de la comisión del ilícito, sufre una pena de carácter físico, aflictivo o una combinación de ambas, la cual comporta perjuicios irreparables en su persona. Revisemos algunos ejemplos:

- a) El porteador de droga que resulta gravemente incapacitado por un efecto químico de la sustancia transportada. (Bustos, 2016)
- b) La persona que conduce un vehículo y por falta de acatamiento del deber objetivo de cuidado produce un accidente en el que fallece su hijo.
- c) Por último, el siguiente suceso mentado por (Bobadilla, 2016), merece mayor detenimiento y atención: El 4 de septiembre de 2009, en la provincia de Neuquén-Argentina, José Alberto Almendra, soldado voluntario del Regimiento 21 de Las Lajas, se encontraba limpiando su arma cuando debido a una errónea manipulación, esta se disparó produciendo la muerte de Gastón Cheuquel.

La peculiaridad de este caso residía en que Gastón y José Almendra eran *mejores amigos*, incluso mucho antes de entrar al régimen militar; además el vínculo emocional que unía a las familias de los jóvenes era tal que permanecieron juntas durante todo el proceso penal.

En esta línea, los criterios analizados por el Tribunal Oral Federal para no condenar a Almendra se basaron en dos particularidades: 1) las pruebas sobre la relación afectiva que existía entre ALMENDRA y CHEUQUEL. 2) el impacto que la muerte de CHEUQUEL produjo en Almendra (informes psicológicos donde se da cuenta del pesar y dolor post traumático que sufrió esta persona a causa de este percance).

Finalmente, el Tribunal Oral Federal de la capital neuquina resolvió absolver al procesado considerando el vínculo afectivo que tenía con la víctima, entendiéndose que el sujeto fue castigado con una pena natural, ya que el sufrimiento psíquico producto de este percance le ocasionará un perjuicio por el resto de su vida, razón por la cual resultaría errada la aplicación de una pena privativa de la libertad.

La problemática en torno a estos supuestos consiste en develar si debido a los *graves* perjuicios sufridos por el infractor en su persona: ¿La aplicación de la pena jurídica resultase desproporcionada? cabe asimismo examinar: ¿Se podría prescindir de la pena jurídica en los supuestos de pena natural? y; finalmente ¿Es posible medir la gravedad de la pérdida para el autor?

Para responder estos planteamientos, debemos reconocer que la institución de la pena natural no discurre por sí sola en el mundo jurídico, por el contrario para que sea aplicable debe articularse con otras figuras penales. Por ello, existen ordenamientos jurídicos donde la pena natural es aplicada por parte del juez al momento de dictar sentencia, como se observó en el caso *Neuquén-Argentina*.

Mientras que existen otros ordenamientos, donde la pena natural se conjuga con el principio de oportunidad reglado, el cual faculta al fiscal abstenerse de iniciar investigación penal o desistir de la iniciada cuando se presente un caso de pena natural; figuras que dan lugar a la extinción de la acción penal y serán motivo de análisis en este artículo.

### **La pena natural nociones generales**

Immanuel Kant realizó una distinción entre “poena forensis” y “poena natural”. Según el tratadista, la primera resulta de la sanción impuesta por el Estado a quien encuentra culpable en la comisión de un ilícito; mientras que la segunda viene dada por la “punición natural del vicio, en que los perjuicios sufridos por el autor fueren de tal magnitud que la imposición de una *poena forensis* resultase un error evidente” (Kant 1978:167).

Por su parte, (Zaffaroni, E. Alagia, A. Slokar, A, 2002), definen a la pena natural de la siguiente forma:

Se llama poena naturalis al mal grave que el agente sufre en la comisión del injusto o con motivo de éste, pues de componerse la pena

estatal sin referencia a esa pérdida, la respuesta punitiva alcanzaría un *quantum* que excedería la medida señalada por el principio de proporcionalidad entre delito y pena, sin contar con que lesionaría seriamente el principio de humanidad, y que también extremaría la irracionalidad del poder punitivo, pues llevaría hasta el máximo la evidencia de su inutilidad. (Zaffaroni et al, 2002: 996)

En este sentido, los autores advierten que si bien en el principio de proporcionalidad resulta imposible demostrar la racionalidad de la pena, las agencias jurídicas tienen la obligación o deber de: “constatar, al menos, que el costo de derechos de la *suspensión* del conflicto guarde un mínimo de proporcionalidad con el grado de la lesión que haya provocado. A este requisito se le llama *principio de proporcionalidad mínima de la pena con la magnitud de la lesión*”. Adicionalmente sostienen que, pese a que el derecho penal debe escoger entre irracionalidades, para impedir el paso de las de mayor calibre, no se puede admitir que a esa “naturaleza no racional del ejercicio del poder punitivo se agregue una nota máxima de irracionalidad, por la que se afecten bienes de una persona en desproporción grosera con el mal que ha provocado.” (Zaffaroni et al, 2002:130)

Siguiendo este orden, según los doctrinarios en función del *principio de humanidad* “es cruel toda pena que resulte brutal en sus consecuencias, como las que crean un impedimento que compromete toda la vida del sujeto (muerte, castración, esterilización, amputación (...)) Igualmente crueles son las consecuencias jurídicas que se pretenden mantener hasta la muerte de la persona (...) pues implicaría admitir la existencia de una *persona descartable*.”

A su vez, sostienen que “Una pena puede no ser cruel en abstracto, o sea, en consideración a lo que sucede en la generalidad de los casos, pero resultar cruel en concreto, referida a la persona y a sus particulares circunstancias. (a) Uno de estos claros supuestos es aquel en que la persona ha sufrido un grave *castigo natural*, es decir, cuando ha padecido en sí misma las consecuencias del hecho”. (Zaffaroni et al, 2002:132)

En palabras de (Jakobs, 1992:1052) “la prohibición de vulnerar la dignidad debe limitar la optimización de la utilidad de la pena. (...) una pena inútil no puede legitimarse de ningún modo en un Estado secularizado; la pena debe ser necesaria para el mantenimiento del orden social -sin esta necesidad, sería a su vez un mal inútil-. Esta utilidad de la pena se llama en la terminología de la teoría jurídico-penal ---que utilizaremos aquí habitualmente «fines de la pena»”.

Con respecto al principio de proporcionalidad y su aplicación en supuestos de pena natural (Bustos, 2016:4) sostiene:

Este principio de proporcionalidad debe quedar imbricado con una idea dosimétrica básica: nunca el mal sufrido por el delincuente puede ser superior al mal causado por este mediante el delito. Por lo tanto, la pena forense aplicable nunca podrá superar el quantum del daño, o pena natural, sufrido por el autor del delito. Y si esto es así, entonces en aquellos casos en que el sujeto sufre un mal como consecuencia directa de la ejecución de un acto delictivo habrá de descontarse el «mal fáctico» del «mal jurídico» aplicable, pues de lo contrario se podría quebrar el principio de proporcionalidad entre el hecho acaecido y la pena finalmente aplicable.

De igual manera, (Choclán, 1999) sostiene que “la doctrina de la *poena naturalis* conduce a una serie de supuestos en los que el autor de un hecho punible, como consecuencia inmediata de su realización y por causas naturales o no jurídicas, ha resultado con un daño grave en su persona o bienes, daño que ha sido producido por el propio reo además del perjuicio causado a la víctima”.

Siguiendo esta línea, el autor cita un pasaje de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán donde se prescribe la renuncia de la pena en el siguiente supuesto “si las consecuencias del delito que han afectado al reo son tan graves que la imposición de la pena resultaría totalmente equivocada” (...) Ello, debido a que la renuncia de la pena contemplada en el derecho alemán se sustenta en que en situaciones específicas la pena jurídica no puede cumplir con los fines o funciones que se le asignan, puesto que el conflicto social se ha solucionado naturalmente.

Igualmente, el autor citando a Jescheck precisa que la pena en todas sus funciones “compensación del injusto y de la culpabilidad, prevención general y prevención especial-, debe haber perdido completamente su sentido a la vista de las graves consecuencias sufridas por el delincuente Razón por la cual, la renuncia a la pena se justifica no por la falta de **merecimiento** de la pena que supone un juicio global de desvalor de la conducta, sino por la falta de **necesidad** de la pena, esta última que atañe a criterios teleológicos que se fundamentan en los fines de la pena.

En resumen, de estos principios los doctrinarios deducen que en los supuestos en los cuales una persona en el cometimiento de un injusto sufre un daño o mal grave, este sujeto previamente ha sido *sancionado* con una pena de carácter natural. Por lo tanto, de aplicarse una pena estatal, se estaría violentando el principio de humanidad y proporcionalidad, ya que en estos casos la pena forense poco o nada puede aportar, sino por el contrario el Estado se extralimitaría en la aplicación del *Ius puniendi al preexistir una sanción*, en este caso una pena o castigo natural, la cual deviene de la propia actuación del agente.

## Clases de pena natural

### Pena natural física

Como su nombre lo indica la *pena natural física* resulta del efecto pernicioso externo que recae de forma directa en el autor del hecho punible. Al respecto, (Bustos, 2016:2-4) trae el siguiente ejemplo: “a) Un asaltante que roba en un banco y, a consecuencia del tiroteo con las fuerzas del orden que se produce a la salida, queda parapléjico.” En este caso, el daño en la integridad física del hechor es evidente, extremo; y, por consiguiente, su repercusión fácilmente demostrable en un supuesto de pena natural. Con respecto a estos hechos (Coscia, 2000) arroja el siguiente cuestionamiento: ¿Qué significado jurídico tiene la imposición de la pena cuando la desgracia personal que soporta el enjuiciado es absolutamente superior a cualquier sanción humana?

### Pena natural moral

La *pena natural moral* deviene de supuestos en los que el efecto lesivo derivado de la conducta del agente está relacionado con una persona distinta a su autor, pero de quien se encuentra *ligado afectivamente*, por lo que el sujeto concibe al perjuicio ajeno como propio, afectando su psiquis de manera definitiva. Para efectos de mayor comprensión estudiemos una de las definiciones que trae la Real Academia Española, sobre el término pena: “3. f. Dolor, tormento o sentimiento corporal”.

Recordemos que los típicos supuestos donde procede la pena natural moral, son las infracciones de tránsito, donde quien causa el accidente no resulta afectado, no siendo así un familiar que fallece producto del incidente. Como indica la RAE, esta pena será un tormento, un dolor una aflicción etc. Por el lazo consanguíneo que une a las personas y presupone un vínculo afectivo, razón por la que en estos casos se encuentra deslegitimada la aplicación de la pena jurídica.

Armonizando lo expuesto, (Bustos, 2016) propone un hipotético: el caso de una anciana que da marcha atrás a su vehículo y debido a problemas de audición no escucha a su hija gritar indicándole que su nieto va a ser arrollado y en efecto así ocurre causando la muerte del menor. Al respecto, el autor indica que resultaría inhumano y degradante aplicar una sanción penal a esta persona, debido al sufrimiento, padecimiento moral y la carga aflictiva que pesará en la mujer por haber atropellado a su nieto y causado su muerte.

Sin embargo, debemos tener presente que estos hipotéticos no se limitan a las infracciones de tránsito. Recordemos el caso Neuquén-Argentina, donde las personas involucradas no eran familiares, sino por el contrario mantenían un vínculo afectivo trascendental. De este suceso resulta evi-

dente la configuración de una pena natural moral acontecida en el infractor, donde se vislumbra el mal de carácter aflictivo que sufre y sufrirá esta persona Resultando por ende innecesario la aplicación de una pena estatal considerando criterios de humanidad y proporcionalidad como dirían (Zaffaroni et al, 2002).

Meditemos sobre otro hecho que aconteció en Ecuador: en el sector Monte Sinaí de la ciudad de Guayaquil una mujer que trabajaba realizando labores domésticas en la casa de un vecino, llevó a su domicilio un frasco que supuestamente contenía un complejo vitamínico, sin consultar al dueño que sustancia en realidad poseía.

La mujer dio de beber el “vitamínico” a sus hijos. Sin embargo, poco tiempo después de haber ingerido esta mezcla los niños empezaron a convulsionar, ya que la mujer no sabía que lo que en realidad contenía este brebaje era una mezcla de drogas y diluyente que su propietario había depositado en el frasco.

Los menores fueron llevados al Hospital Universitario, sin embargo, uno de ellos murió producto de la ingesta de la sustancia nociva, mientras que los otros menores se encontraban en observación bajo pronóstico reservado. Tras el suceso la mujer fue detenida para investigaciones y posteriormente la Fiscalía del Guayas formuló cargos en su contra por el delito de homicidio culposo. (Teleamazonas, 2018)

Conforme, se señala en la noticia, la Fiscalía formuló cargos en contra de la mujer por el delito de homicidio culposo. No obstante, este caso, encasilla perfectamente en un supuesto de pena natural, que de estar regulado en la norma penal como criterio de oportunidad puede ser utilizado por el fiscal para prescindir de la acción penal en razón de la pena natural moral acaecida en la madre tras la pérdida de su hijo.

En este tenor, tal como sostiene (Coscia, 2000) ¿cuál es el valor o significado jurídico de imponer una pena cuando la desgracia personal que soportará el enjuiciado es absolutamente superior a cualquier sanción jurídica? En efecto como diría (Baratta:2004) los modelos de maximización del derecho penal crean más problemas de los que procuran resolver. Así en lugar de solucionar conflictos los reprimen y en muchas ocasiones estos adquieren un carácter más grave del contexto de donde se originaron.

### **Dimensión jurídica de la pena natural**

No existe discusión con respecto a que la pena natural se encuentra reconocida por el derecho penal como institución o como una ficción legal y que por ende su aplicación tiene connotación en el mundo jurídico. Sin embargo, lo que resulta necesario delimitar es: ¿Por qué se prescinde de la aplicación de la pena jurídica en los supuestos de pena natural? La respuesta

a este cuestionamiento está plasmada en la doctrina cuando los tratadistas analizan el principio de culpabilidad en relación con la pena natural.

Según (Jakobs, 1992), el principio de culpabilidad se traduce en un presupuesto necesario de la legitimidad de la pena estatal. Precisa el autor que es imprescindible vincular la legitimidad de la pena con un juicio de reprochabilidad-voluntad: culpabilidad, pues solo así se evitará la instrumentalización de la persona al imponerle una pena.

De igual forma (Bacigalupo, 1998:131) con respecto al tema dice:

... En lo referente a la individualización de la pena, el principio de culpabilidad determina los límites de la legitimidad de la pena aplicable al autor concreto. Se trata de la cuestión de la proporcionalidad entre la gravedad de la pena y la gravedad del reproche... se trata de la prohibición de que la gravedad de la pena que se impone por un delito supera la gravedad de la culpabilidad referida al concreto delito (...) Precisamente por ser cuantificable, *la culpabilidad puede ser compensada por hechos posteriores que reducen su significación originaria...* La compensación de culpabilidad puede tener lugar en dos sentidos diversos: cabe hablar ante todo de una compensación socialmente constructiva de la culpabilidad, que tiene lugar cuando el autor del delito mediante un Actus Contrarius reconoce la vigencia de la norma vulnerada. Pero también *cabe hablar de una compensación destructiva que tiene lugar... cuando el autor recibe como consecuencia de la comisión del delito un mal grave que se debe abonar en el cumplimiento de la pena.* Estos males pueden ser *jurídicos o naturales.* Los últimos dan lugar a la tradicional figura de la poena naturalis... *En estos casos...se prescinde de la pena, por un lado, porque la culpabilidad del autor ha sido compensada por las graves consecuencias del hecho, que para él mismo tienen efectos similares a una pena (poena naturalis) porque, por otro lado, por dicha razón no se reconoce ninguna razón preventiva.* En tales supuestos la sanción sería una tortura sin sentido que inclusive vulneraría el art. 2.1. de la Ley Fundamental..." (Cursiva fuera del texto)

Integrando estas ideas (Choclán, 1999:2-3) sostiene que la justificación de aplicación de la pena no puede fundarse únicamente en la necesidad de dar satisfacción a la víctima del delito, pues la reparación del daño puede obtenerse por vías alternativas con mayor grado de eficacia. En igual sentido, considera que "la pena solo puede ser necesaria y solo se legitima en la medida suficiente para compensar la culpabilidad declarada por el delito cometido".

Aclara el autor, que cuando se refiere a la compensación de la culpabilidad en la pena natural, esta compensación de culpabilidad se justifica por circunstancias que tienen lugar en un momento posterior al delito. La

propia pena natural se traduce en un acontecimiento posterior al hecho que *compensa* la culpabilidad por el *grado del agravio*, pero téngase en cuenta que no modifica la culpabilidad por el hecho cometido referido concretamente al momento de la acción. Finalmente, indica que constituye principio fundamental para la aplicación de la pena que ésta debe guardar debida proporción con la mayor o menor gravedad del hecho.

En resumen, el fundamento por el cual los autores sostienen que se prescinde de la aplicación de la pena jurídica en los supuestos de pena natural es el siguiente: la culpabilidad del autor del ilícito ha sido compensada por las gravísimas secuelas que deja el hecho delictivo en su persona, constituyéndose este agravio en una pena natural, por ende, la sanción preexiste. Claro está que la pena natural no modifica la culpabilidad del hechor, sino tiene un efecto compensatorio, volviéndose por ello innecesario la aplicación de una pena jurídica.

### **El principio de oportunidad**

La noción básica en torno al principio de oportunidad es que su esencia es constitucional y su carácter acusatorio. En este sentido, Maier sostiene que los objetivos principales de aplicación de criterios de oportunidad tienen que ver con “*la descriminalización* de hechos punibles, en un intento por evitar la aplicación del poder penal allí donde otras formas de reacción frente al comportamiento desviado pueden alcanzar mejores resultados o donde resulte innecesaria su aplicación.” (Maier, 2004:837)

Por su parte (Cafferata, 1997:16) señala: “El principio de oportunidad puede expresarse como la atribución que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal, de no iniciar la acción, o de suspender provisionalmente la acción iniciada o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva (...) aun cuando concurren las condiciones necesarias para perseguir y castigar”

En la legislación latinoamericana que como sabemos brota del sistema europeo-continental, hay quienes sustentan que existe una dicotomía entre el principio de legalidad y el principio de oportunidad, puesto que al parecer estos principios sustentan una naturaleza contradictoria. Esto en razón de que el principio de legalidad en materia procesal versa sobre el deber que tienen los funcionarios adscritos al ministerio fiscal de al encontrarse frente a la noticia de un hecho punible, invertir todos los medios y esfuerzos para iniciar la investigación penal, y; una vez ésta haya comenzado: no se podrá suspender, interrumpir o cesar, sino por la forma establecida en la ley. (Maier, 2004)

Sin embargo, el tratadista al analizar el principio de oportunidad y su relación con el principio de legalidad, indica que el primero se refiere a la posibilidad de que los órganos públicos a quienes se les confiere la potestad de la persecución penal prescindan de ella por razones político-utilitarias criterios que han sido previamente definidos por el legislador en la norma penal. Por lo tanto, no cabe hablar de contradicción ya que precisamente es el principio de legalidad el que regula los criterios de oportunidad, caso contrario no pudiesen ser aplicados.

Desde otra arista, debe entenderse que el principio de oportunidad no constituye una realidad aislada, para que se efectivice en un modelo garantista debe vincularse con otros principios como el de subsidiariedad, lesividad, entre otros. Sin embargo, dedicaremos unas líneas en este apartado al *principio de mínima intervención penal*.

Prieto Sanchís, sostiene que el derecho penal mínimo se compone básicamente de dos exigencias o postulados: “una disminución de la extensión y rigor de las intervenciones penales (prohibiciones y sanciones), lo que incluye una ampliación de los límites y garantías al ejercicio del *ius puniendi* y, en segundo lugar, una vocación de monopolio del uso de la fuerza, en el sentido de excluir toda otra forma de intervención de cualquier modo coercitiva o punitiva.” (Sanchís, 2011: 63-64). Precizando que garantismo se refiere a la exigencia de justificación, y; garantismo penal equivale a la exigencia de justificación de las intervenciones penales, tanto de las prohibiciones como de los castigos.

Básicamente por estos motivos en un modelo garantista, el principio de oportunidad encuentra su esencia y está profundamente ligado al principio de mínima intervención penal, dado que el primero permite minimizar la intervención penal dentro de los presupuestos reglados en la norma penal por el principio de oportunidad. En efecto como diría Roxin “el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del Estado Leviatán.” (Roxin, 1997:137)

### **Ordenamientos que regulan la pena natural como criterio de oportunidad**

Una vez examinado el vínculo entre la pena natural y el principio de oportunidad. Lo conveniente, es analizar como se pragmatizan estas figuras en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, para ello estudiaremos la legislación ecuatoriana, colombiana y mexicana.

## Ecuador:

En la normativa penal ecuatoriana, el principio de oportunidad se encuentra descrito en el Art. 412 del Código Orgánico Integral Penal. Regulándose dos supuestos, el que nos concierne lo transcribimos a continuación:

**Art. 412.- Principio de oportunidad.** - La o el fiscal podrá abstenerse de iniciar la investigación penal o desistir de la ya iniciada, en los siguientes casos:

(...)

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

(...)

Conforme advierte la norma, este criterio de oportunidad hace referencia a la pena natural física en delitos culposos. El único supuesto que viene a nuestra mente es un accidente de tránsito en el que el individuo que causa la colisión queda cuadripléjico, mientras que la persona del otro vehículo fallece al instante. Evidentemente, en este caso el fiscal podría prescindir de la acción penal.

Sin embargo, resulta notorio que la regla es *limitada*, ya que regula únicamente el caso de pena natural física en delitos culposos; obviando los supuestos de pena natural física en delitos dolosos, y; de pena natural moral en delitos culposos.

## Colombia:

En Colombia según el Código de Procedimiento Penal (2004) la aplicación del principio de oportunidad obedece a la política criminal del Estado. Otro aspecto interesante, es que fiscalía puede aplicar este principio, desde la investigación hasta antes de la audiencia de juzgamiento facultando al órgano: suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal.

Además, las causales de su aplicación son vastas, regulándose un total de 18 criterios de oportunidad. El que nos interesa, se encuentra plasmado en el numeral 6 del Art. 324, que señala lo siguiente:

Artículo 324: Causales El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos: (...)

6. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, *haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la*

*aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción. (Cursiva fuera del texto)*

Conforme se observa la norma regula un espectro mucho más amplio de aplicación, que de aquel regulado en la normativa penal ecuatoriana, ya que el criterio de oportunidad abarca la pena natural física y moral en delitos culposos.

### **México:**

En México se regulan los criterios de oportunidad en el CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES (2014), en el Art. 256 y siguientes:

### **Artículo 256. Casos en que operan los criterios de oportunidad**

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

La aplicación de los criterios de oportunidad será procedente en cualquiera de los siguientes supuestos: (...)

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

Es importante mencionar que en la parte final del artículo citado, se señala que el Ministerio Fiscal está facultado para aplicar estos criterios en cualquier tiempo hasta antes de que se dicte auto de apertura a juicio. Asimismo, se establece que estos criterios deben aplicarse sobre la base de **razones objetivas, sin discriminación, y; valorando las circunstancias especiales en cada caso.**

Finalmente, se aprecia como el criterio de oportunidad delineado en la legislación mexicana regula todos los supuestos que pueden presentarse en torno a la figura de la pena natural. Claro está que la técnica legislativa es mayor, puesto que se señala que debe tenerse en cuenta las *circunstancias especiales de cada caso*, este punto merece especial cuidado, por lo que será tratado a continuación.

## Límites y objeciones en torno a la institución de la pena natural

Así como resulta destacable estudiar la figura de la pena natural vislumbrando su institucionalidad, matices, y beneficios; por supuesto que es merecedor departir también sobre las debilidades y objeciones que giran en torno a esta figura.

De esta manera, Cocsia, 2000 citando a Ziffer indica:

...si bien la institución responde a un sentimiento más o menos generalizado, la mayor dificultad que plantea consiste en responder a la pregunta de cómo medir la gravedad de la pérdida para el autor, como medir el sufrimiento... la valoración solo sería posible desde un punto de vista objetivo, lo cual conduciría a una atenuante general. (...) En síntesis, si bien el principio de la "poena naturalis" puede partir de buenos fundamentos, resulta sumamente difícil incorporarlo dentro de un sistema de hecho punible, sin conducir a contradicciones... (cfr. de la autora: "Lineamientos de la determinación de la pena", Editorial "Ad hoc", pag. 143, Bs. As. 1996)".

Sin lugar a duda, el cuestionamiento de la autora es válido, pensemos en el siguiente caso: un terrorista en un atentado suicida pretende que estalle una bomba en un lugar público, sin embargo, el hecho no deviene en lo planificado, y; al explotar el artefacto esta persona sufre las consecuencias lesivas de su actuación, resultado de lo cual sus extremidades inferiores son amputadas. ¿Podría en este supuesto la pena natural física estar compensada y por ende el hechor no ser merecedor de una pena jurídica?

La respuesta a este cuestionamiento, está plasmada en el ordenamiento jurídico mexicano, cuando establecen que el fiscal deberá valorar las *circunstancias especiales de cada caso*, en base a un razonamiento objetivo.

Por lo tanto, en este supuesto, como en muchos otros quedaría desestimada la figura de la pena natural. Teniendo en cuenta que si la persona tenía por objeto suicidarse, posiblemente no tendrá ningún remordimiento o sentimiento de aflicción sobre los acontecimientos devenidos en su persona. Asimismo, el fiscal considerará la incidencia catastrófica que el delito hubiese tenido en la sociedad de haberse consumado, es decir analizará las *condiciones especiales* en las que se *perpetró*.

No parece tener igual destino, la persona que tratando de robar un bien de menor valor, al ser detectada por las fuerzas del orden y no detenerse es disparado en la columna, perdiendo la capacidad para movilizarse. Este es un hipotético extremo pero con iguales consecuencias, ambas personas perdieron la capacidad de caminar; sin embargo, el atentado

sobre el bien jurídico no se compara con el del supuesto anterior. Consecuentemente, consideramos que en este supuesto sería plenamente aplicable el criterio de oportunidad de pena natural física, para que el fiscal prescinda de la acción penal.

Por otro lado, como señala Ziffer, a pesar de que puede resultar difícil probar la afectación moral o física de una persona, no es imposible. En efecto, en México, (Sierra, L. Guzmán, C. Vanegas, C. 2010) sostienen que la práctica judicial, experimentaba el problema de como probar el daño en los casos de pena natural.

Como es obvio, la discusión no fue mayor, ya que se estableció que el daño físico podía demostrarse a través de dictamen pericial, y; además, rige en el país el principio de libertad probatoria. Por otro lado, sostienen que el daño moral podrá acreditarse de diferentes maneras, dependiendo entre otras cosas, de si el imputado tiene o no vínculos de parentesco con la víctima. También se plantean otras circunstancias de fondo: si el vínculo consanguíneo existe entre las partes, pero no el afectivo, todos estos particulares deben ser cabalmente investigados por el fiscal para que acuse o por el contrario en aplicación de los criterios de oportunidad motivadamente ante el juez prescinda de la acción penal.

En síntesis, se observa que existen formas para probar la afectación física o moral de las personas en los supuestos de pena natural. Sin embargo, la prueba es más esquiva cuando la afectación es moral, porque el daño es interno, pero no imposible de demostrar.

Recordemos el caso Neuquén-Argentina, donde el vínculo no era consanguíneo pero sí de trascendencia afectiva, lo que fue evaluado por el tribunal al momento de dictar sentencia absolutoria. Lo mismo deberá ser precautelado por el fiscal, quien atendiendo las especificidades propias del caso, deberá encontrar la solución técnica y material para hacer viable su cometido y prescindir de la acción penal en los supuestos de pena natural.

## **Conclusiones**

El análisis de esta línea de investigación nos ha permitido trazar las siguientes conclusiones:

Desde cualquier arista que sea enfocada la pena natural, se vislumbra como una institución que permite humanizar y ablandar el derecho penal. Evidentemente, se prevé de este mecanismo para no descargar el poder punitivo del Estado en contra del individuo que previamente recibió una sanción como consecuencia de su propia acción u omisión.

Definitivamente, esta institución para ser aplicable necesita de otras figuras penales. El principio de oportunidad reglado, permite viabilizar el cometido de la pena natural ya que brinda una solución alternativa y útil a los conflictos dentro del sistema penal; puesto que como sostiene (Maier, 2004) existen casos donde la aplicación del poder penal resulta innecesario.

Por otro lado, la idea de analizar la legislación ecuatoriana, colombiana y mexicana en torno a los supuestos de pena natural, no era casual. Como subliminalmente se captó, un ejemplo avanzado de regulación es México, donde existe la posibilidad de aplicar este criterio de oportunidad en delitos culposos y dolosos, donde la persona sufre a consecuencia del hecho delictivo daño físico o psicoemocional grave que torna notoriamente innecesaria o desproporcional la aplicación de la pena jurídica. Sin embargo, la norma advierte que este criterio de oportunidad puede ser aplicado por el fiscal sobre la base de razones objetivas y *valorando las circunstancias especiales de cada caso*.

Recordemos ejemplos mentados en puntos anteriores. No tiene igual connotación jurídica un ataque terrorista que un robo menor. El sujeto activo en ambos delitos dolosos perdió la capacidad de movilizarse; los hipotéticos a pesar de ser muy distintos tienen idénticas consecuencias. Sin embargo, las variables son: los bienes jurídicos protegidos, las circunstancias en que se producen, etc. Indiscutiblemente ahí se refleja la facultad discrecional del fiscal, ya sea accionando el poder punitivo del Estado o en su defecto prescindiendo de la acción penal, en virtud de las especificidades propias del caso.

Consecuentemente, tal como señala (Choclán, 1999) se prescinde de la pena jurídica en los supuestos de pena natural no por la falta de **merecimiento** de la pena que supone un juicio global de desvalor de la conducta, sino por la falta de **necesidad** de la pena; ya que la culpabilidad del autor del ilícito ha sido compensada por las gravísimas secuelas que deja el hecho delictivo en su persona; constituyéndose este agravio en una sanción latente. Por lo tanto, en estos supuestos la aplicación de la pena jurídica resultase en un desacierto y de efectuarse se vulneraría el principio de proporcionalidad, pues como afirma (Bustos, 2016) “nunca el mal sufrido por el delincuente puede ser superior al mal causado por este mediante el delito” (...).

En última instancia, se ha demostrado que la pena natural plasmada como criterio de oportunidad constituye la herramienta jurídica que posee el ministerio fiscal para racionalizar el poder punitivo del Estado, por consiguiente esta institución se instaure como un freno al expansionismo penal.

## **Bibliografía:**

### **Artículos:**

- Bacigalupo, E. (2010). FILOSOFÍA E IDEOLOGÍA DE LAS TEORÍAS DE LA PENA. *Derecho y Humanidades*, 1(16), 17-30.
- Bobadilla, C. (2016). La “pena natural”: fundamentos, límites y posible aplicación en el derecho chileno . *Polít crim. Vol. 11 N.º 22*, 548-619.
- Bustos, M. (2016). El reflejo de la pena naturalis en la pena forensis. Posibilidades en el derecho penal español.
- Choclán, J. (1999). La pena natural. *LA LEY Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*.
- Coscia, O. (2000). Revista Jurídica de LexJuris . *Poena naturalis versus pretensión estatal*.

### **Libros:**

- Bacigalupo, E. (1998). *“Principio de culpabilidad, caracter de autor y poena naturalis en el derecho penal actual*. Buenos Aires: AD-HOC.
- Baratta, A. (2004). *Principios del derecho penal mínimo*. Buenos Aires: Editorial B de F.
- Cafferata, J. (1997). *Cuestiones Actuales Sobre el Proceso Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto .
- Jakobs, G. (1992). El principio de culpabilidad. ADPCP, Tomo XLV-Fascículo III.
- Julio Maier, Gabriela Córdoba . (2009). *Tiene futuro el Derecho penal?* Buenos Aires: AD-HOC.
- Kant, I. (1978). *Principios Metafisicos de la Doctrina del Derecho*. Madrid.
- Maier, J. (2004). *Derecho Procesal Penal* . Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l.

- Nino, C. (1987). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- Prieto, L. (2011). *Garantismo y derecho penal*. Madrid: Iustel.
- Roxín, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Civitas.
- Sierra, L. C. G. (2010). *Principio de oportunidad Bases conceptuales para su aplicación*. Fiscalía General de la Nación .
- Zaffaroni, E. Alagia, A. Slokar, A. (2002). *Manual de derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

### **Cuerpos normativos:**

- Código Orgánico Integral Penal, 2014.
- Código de Procedimiento Penal Colombia, 2004.
- Código Nacional de Procedimientos Penales México, 2014.

### **Medios electrónicos:**

- <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/Fallos29226.pdf>
- <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/Fallos29226.pdf>
- Real Academia Española. <http://www.rae.es/>
- Teleamazonas, N. (2018, 03 12). Fiscal procesó a mujer que habría envenenado a sus hijos. *Recuperado de:* <http://www.teleamazonas.com/2018/03/guayaquil-una-madre-enveneno-a-sus-4-hijos-por-error/> ; <http://www.teleamazonas.com/2018/03/fiscalia-proceso-a-mujer-que-habria-envenenado-a-sus-cuatro-hijos/>