

EL REFLEJO DE LA POENA NATURALIS EN LA POENA FORENSIS POSIBILIDADES EN DERECHO PENAL ESPAÑOL

Miguel Bustos Rubio

Doctor Europeo en Derecho
Profesor Asociado de Derecho penal
Universidad de Salamanca

Sumario: 1. *Poena forensis* y *poena naturalis*. 2. ¿Cómo reflejar la pena natural en la pena forense? Análisis del caso español. 2.1. Atipicidad de los supuestos de *poena naturalis* por insignificancia. A su vez: un estudio sobre la insignificancia en Derecho penal. 2.2. No punibilidad o atenuación de la sanción por innecesariedad de pena en supuestos de *poena naturalis*. 2.3. Atenuación analógica. 2.4. No perseguibilidad del hecho. Remisión a otro lugar. 2.5. Individualización de la pena: gravedad del hecho y circunstancias personales del autor. A su vez, un estudio sobre el art. 66.1.6º CP. 3. Una propuesta de *lege ferenda*: la incorporación de supuestos de *poena naturalis* a nuestro Código Penal.

1. POENA FORENSIS Y POENA NATURALIS

¿Quién no ha escuchado un «Dios te ha castigado» cuando alguien ha llevado a cabo una mala acción contra otra persona —o contra algo— y ha sufrido algún tipo de daño como consecuencia directa de su mala conducta? ¿Quién no ha expresado aquello de «en el pecado lleva la penitencia» ante una situación semejante? E incluso, ahora que tanto se habla del karma, el destino y las energías cósmicas, ¿quién no ha oído alguna vez eso de «la vida le ha dado su merecido»? Y lo más importante: ¿tiene todo esto algo que ver con el Derecho penal? ¿Influye —o puede influir— sobre la cuantificación de la pena el hecho de que un sujeto sufra daños en su persona o en la de sus allegados como consecuencia del delito por él cometido? ¿Es posible que la pena a imponer tras la comisión de un hecho delictivo se vea alterada —atenuada, anulada— cuando se ve-

rifica que a consecuencia de la ejecución de ese ilícito el sujeto ha sufrido algún tipo de daño en su persona, con graves consecuencias físicas o, incluso, emocionales? ¿Es posible que el daño que se produce en el propio sujeto activo de la acción delictiva, a consecuencia de esta, pueda convertir en desproporcionada la aplicación de la pena?

Las situaciones en que el sujeto activo de un delito sufre algún tipo de daño a consecuencia de su propio proceder delictivo han sido denominadas tradicionalmente como supuestos de *poena naturalis*, o pena natural. Imaginemos algunos supuestos:

- a) Un asaltante que roba en un banco y, a consecuencia del tiroteo con las fuerzas del orden que se produce a la salida, queda parapléjico.
- b) Un ladrón que, huyendo con el botín, cae en una zanja no vislumbrada y su-

fre graves lesiones que le hacen perder la movilidad total de una pierna.

- c) Un conductor imprudente que provoca un accidente de tráfico y, a causa del mismo, pierde a su hijo pequeño que le acompañaba en la parte trasera del vehículo.

Supuestos como los anteriores han movido a importantes sectores de la doctrina penal a pronunciarse sobre la posible influencia que dichas situaciones puedan tener sobre la pena forense finalmente aplicable. Según manifiesta Zaffaroni, «no puede ser indiferente al juez que el autor de un robo haya perdido la mano por la explosión del arma o haya sido gravemente herido durante un hecho policial de prevención directa, como tampoco si el autor de un homicidio culposo sufre la pérdida de un hijo o de toda su familia» (Zaffaroni, 2005: 740).

Choclán Montalvo define la *poena naturalis* como aquella situación en la que «el autor de un hecho punible, como consecuencia inmediata de su realización y por causas naturales o no jurídicas, ha resultado con un daño grave en su persona o bienes, daño que ha sido producido por el propio reo». Para Choclán, además, se deben excluir todas las posibles consecuencias perjudiciales derivadas de comportamientos de terceros (Choclán Montalvo, 1999 y 1996). Sin embargo, Zaffaroni parece pronunciarse contra esta tesis cuando entiende que «se llama pena natural al mal que se autoinflige el autor con motivo del delito, o que sea impuesto por terceros por la misma razón» (Zaffaroni, 2005: 739-740). La concepción de Choclán, en mi opinión, conduce de manera acertada a desligar del concepto de *poena naturalis* en supuestos en los que el mal sufrido por el agente no deriva directamente de la ejecución del hecho delictivo por parte de aquel, sino más bien de la intervención, —directa o indirecta— de terceros sujetos (agentes externos). Véase el caso, por ejemplo, de la tradicionalmente denominada «pena de banquillo», que en ningún caso podrá ser tomada en cuenta como pena natural: en este supuesto, como

en otros, puede admitirse sin problema que el sujeto activo del delito sufre un «mal» (para su imagen, para su persona) que dimana de la comisión de un delito determinado (hasta entonces solo presuntamente), pero ello no como consecuencia directa de la comisión del ilícito sino a causa de la intervención de terceros sujetos (por ejemplo, medios de comunicación) que motivan el mal sufrido por este sujeto.

Por similares razones, no estoy tampoco de acuerdo con que antes de la existencia expresa de la atenuante de dilaciones indebidas en nuestro ordenamiento, el Tribunal Supremo interpretase que nos encontrábamos ante un supuesto de pena natural al que había que reducir la pena (STS 1387/2004, de 27 de diciembre). Puedo estar conforme con la necesidad de atenuación de la pena en estos supuestos, mas no por constituir casos de *poena naturalis*, pues el daño no deriva directamente de la comisión del hecho delictivo, intercediendo en el caso la actuación de terceros ajenos (por ejemplo, los órganos jurisdiccionales).

En los últimos tiempos mucho se ha hablado sobre la «pena naturalis» de la *Metafisica de las costumbres* de Kant (1797), e incluso ya antes encontramos una idea semejante en la nomenclatura del «castigo divino» del Leviatán de Hobbes (1651): «ciertas acciones están conectadas por su naturaleza con diversas consecuencias perjudiciales [...]. Cuando una persona al atacar a otra se golpea o lesiona a sí mismo, o cuando alguien contrae una enfermedad al ejecutar una acción contraria a la ley, tales perjuicios en relación con la persona no integran el concepto de “pena”, ya que no es infligida por una autoridad humana, aunque, en relación a Dios, el Señor de la naturaleza, es posible hablar de aplicación y por lo tanto de una pena divina».

La contraposición entre lo que puede considerarse *poena naturalis* —aquella consecuencia natural, derivada propiamente de la conducta del agente, tal y como señalé en los ejemplos anteriores— y *poena forensis* —aquella otra que es, *stricto sensu*, consecuencia jurí-

dica de la comisión del hecho delictivo— es propiamente kantiana (Bacigalupo, 1998: 94), y de ella deriva la discusión, que aquí traigo a colación, sobre la discutible función de compensación de la pena aplicable al sujeto que puedan tener aquellas consecuencias lesivas que para él se derivan de su propia actuación delictiva. Y aunque ciertamente pueda resultar reprochable esta primaria terminología (pues pudiera pensarse, como hace algún autor (Silva Sánchez, 2014), que en realidad aquello que llamamos «pena natural» no es realmente natural, dado que se trata de una consecuencia lesiva imputable objetiva y subjetivamente al autor del hecho, por lo que realmente no pertenece al mundo de lo natural sino al de la imputación), en este trabajo continuaré utilizándola porque me parece más clarificadora a los efectos de la investigación.

Evidentemente, como ha hecho notar Manjón-Cabeza Olmeda, los ejemplos apuntados anteriormente constituyen un punto de arranque para debatir sobre las posibilidades y efectos que la *poena naturalis* pueda tener sobre la *poena forensis* finalmente aplicable. Por ejemplo, ¿cabe reflejar los efectos de aquella primera sobre esta última solo en el caso de delitos imprudentes, o es posible extenderlos también a los delitos dolosos? O ¿los daños que sufre el autor del hecho como consecuencia de su actuación, han de recaer en todo caso en su persona, o también sobre sus allegados? (Manjón-Cabeza Olmeda, 2008: 1121-1122).

La misma autora acude a un supuesto real para iniciar su estudio sobre la *poena naturalis*: la resolución de la Audiencia Nacional de 22 de diciembre de 1992, que fue posteriormente confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1994. Se trata de un sujeto independentista catalán que en el año 1990 acudió a un aparcamiento cercano al Ayuntamiento y los Juzgados de Santa Coloma de Farners con un explosivo de fabricación casera. A consecuencia de un fallo en su manipulación, el artefacto explotó antes de tiempo, causándole gravísimas lesiones y sufrió la amputación de ambas piernas y los testículos, con

lo que el sujeto quedó condenado de por vida a permanecer en una silla de ruedas y requirió desde entonces asistencia permanente para la realización de los más sencillos actos cotidianos. El Tribunal Supremo no aludía de forma expresa a la *poena naturalis* en el momento de valorar la pena aplicada, pero la cuestión tuvo reflejo en la sentencia señalada dado que el Alto Tribunal enfatizó en la incidencia que el sufrimiento postdelictual del autor pudiera tener en la aplicación de la sanción penal. Como señala Manjón-Cabeza Olmeda, «de esta sentencia del Tribunal Supremo puede extraerse que el sufrimiento postdelictivo consecuencia de la propia acción criminal, aun no teniendo un cauce propio a través del cual canalizar los efectos atenuadores, puede tenerse en cuenta dentro de los márgenes que permita la legislación» (Manjón-Cabeza Olmeda, 2008: 1124). Me pregunto, entonces, ¿cuáles son los márgenes que permite la legislación española para acoger supuestos de *poena naturalis* y reflejar sus efectos en la *poena forensis*, que es, con todo, la que resultará judicialmente aplicable al autor del hecho? ¿Qué vía —o vías— existen en nuestro Derecho penal vigente para dar virtualidad a los supuestos de pena natural? ¿Es necesario, en su caso, articular de *lege ferenda* un estatuto penal o procesal penal para dar cabida a tales supuestos?

Nótese que no pretendo centrar mi estudio en una teoría general sobre la pena natural. Mi intención es más modesta: una vez asumida la idea de que estos casos existen en nuestra realidad social (como así es), y que los mismos han preocupado a doctrina y jurisprudencia (como acabo de exponer), pretendo dilucidar si existe en nuestro Derecho penal una vía para que los supuestos de *poena naturalis* puedan verse reflejados en la *poena forensis* aplicable, surtiendo efectos atenuantes o anuladores sobre esta última. Partimos, pues, de la base de que «la tradición jurídica más relevante admite la existencia de la compensación derivada de la “pena natural” y la consecuencia jurídico-penal de la misma» (Redondo Hermida, 2009: 73 ss.), opinión mantenida también por la ju-

risprudencia (así por ejemplo, la STS de 5 de junio de 2008 entendió que «la filosofía de la pena estatal que inspira nuestro derecho penal considera que, dentro del mal de la pena establecida en las leyes y aplicada por la autoridad judicial [...] debe ser considerado también el mal representado por la *poena naturalis*, es decir, aquel mal sufrido por el delincuente por la propia ejecución del delito o por otras circunstancias concomitantes»). Por lo que respecta a su fundamento, a mi modo de ver, la base y razón fundamentadora que permite afirmar que la *poena naturalis* ha de ser tenida en cuenta para atenuar o anular la pena forense aplicable se identifica en un conjunto de axiomas:

Por un lado, hay que tener en cuenta que el principio de humanidad de las penas prohíbe que estas resulten inhumanas o degradantes, lo que en ciertos casos se conculca si obviamos un supuesto de pena natural en el momento de individualizar la correspondiente pena forense aplicable. Imaginemos el supuesto de que una anciana da marcha atrás con su coche y, dados sus defectos de audición, no logra escuchar los gritos de su hija advirtiéndole de que su nieto más pequeño se encuentra gateando detrás del vehículo, lo que ocasiona la muerte del pequeño, dada la imprudencia de la mujer al volante; la imposición de la pena, o de toda la pena, a esta anciana bien pudiera resultar inhumana y degradante al tener en cuenta que la sanción se sumaría a los factores más diversos, endógenos y exógenos, de sufrimiento y padecimiento moral de la mujer por haber atropellado imprudentemente a su nieto. En este sentido, tal y como explica Redondo Hermida, «la doctrina de la pena natural encuentra también sustento en el *principio de humanidad*, en virtud del cual se encuentran proscritas las sanciones crueles, inhumanas o degradantes [...]. En esta línea, 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 el supuesto concreto, referida a la persona y a sus particulares circunstancias. Así ocurre cuando la misma ha sufrido un grave castigo natural, es decir, cuando ha padecido en sí

misma las consecuencias de su hecho» (Redondo Hermida, 2009: 73 ss.).

Por otro lado, los efectos de la pena natural en la forense también resultan explicados por la vía del principio de proporcionalidad en Derecho penal. De nuevo en palabras de Redondo Hermida, «la pena es la más importante consecuencia jurídica del delito, impuesta por quien tiene potestad para ello, tras el correspondiente proceso, legalmente regulado. Guarda, por tanto, con el delito, concebido como una lesión de un bien jurídico considerada intolerable por la ley, una relación de proporción. La idea de pena natural deriva del indiscutible hecho sociológico de la existencia, en ocasiones, de un gran daño para el culpable de un delito, daño derivado de la misma actuación ilícita realizada por el responsable. Es el caso del porteador de droga que resulta gravemente incapacitado por un efecto químico de la sustancia transportada. Como hemos dicho, la pena solo es procedente, con arreglo a valores constitucionales, cuando ella constituye una respuesta proporcionada a la quiebra del orden jurídico provocada por la infracción. De este modo, cuando se ha producido un gran daño para el responsable de la acción criminal, por efecto no querido de su propia acción inícuca, la imposición de la pena abstracta prevista por la ley, sin tener en cuenta dicho grave daño para el culpable, constituye una quiebra de la proporción que le impone el respeto al valor de la justicia» (Redondo Hermida, 2009: 73 ss.).

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. No podemos olvidar aquella idea dimanante del principio de culpabilidad explicada por Roxin en su teoría sobre el fundamento y fines de la pena: nunca la medida de la pena podrá sobrepasar la medida de la culpabilidad del autor, único aspecto tomado por el autor alemán de la teoría pura de la retribución. En palabras del maestro alemán: «A pesar de la renuncia a toda retribución, un elemento decisivo de la teoría de la retribución debe pasar a formar parte también de la teoría preventiva mixta: el principio de culpabilidad como medio de limitación de la pena. El defecto que les es propio a todas las teorías preventivas, cual es que su enfoque no entraña en sí las barreras del poder sancionador, necesarias en el Estado de Derecho [...] se remedia óptimamente mediante una prohibición de rebasamiento de la culpabilidad. Según esto, la pena tampoco puede sobrepasar en su duración la medida de la culpabilidad [...]» (Roxin, 2003: 99). Por ello, en virtud de la proporcionalidad, puede afirmarse que el mal fáctico sufrido por el sujeto en la ejecución del delito debe tenerse en cuenta (restarse, descontarse) a la hora de «calcular» o «individualizar» el mal jurídico o pena forense aplicable a dicho sujeto. Por utilizar un símil, que en este supuesto no sería plenamente jurídico, en caso contrario nos encontraríamos ante una especie de *bis in idem* conculcado: se estaría castigando dos veces (con pena *natural* y con pena *forense*) un mismo hecho.

El Derecho penal español no contempla, para los supuestos que puedan rubricarse como *poena naturalis*, de mecanismos legales específicos para renunciar a la pena o atenuarla. Tampoco para dejar de perseguir el hecho en sede procesal. Sí existe, por el contrario, una ferviente petición desde determinados sectores a favor de la introducción o intensificación del principio de oportunidad que permita acoger supuestos de pena natural en nuestro sistema penal (Gordillo Santana, 2007). A modo de solución práctica, pudiera pensarse únicamente en la institución del indulto, también muy cuestionada en los últimos años (Manjón-

Cabeza Olmeda, 2008: 1136). Pero acudir al indulto es una posibilidad que siempre queda abierta en supuestos de pena natural y otros muchos. Se trata de una causa de extinción de la responsabilidad penal que supone la retirada de la pena (que no del delito). Es una medida de gracia de carácter excepcional que consiste en la remisión total o parcial de las penas de los condenados por sentencia firme. En los casos que aquí estudio no me estoy refiriendo, sin embargo, a supuestos en los que ya existe una sentencia y se ejerce un derecho de gracia que permite liberar de pena al sujeto. Me estoy refiriendo a la posibilidad de que el juez, ya en sentencia (y, por tanto, no con posterioridad a su dictado) acoja la *poena naturalis* sufrida por el sujeto activo del delito y, teniéndola en cuenta, refleje algún efecto atenuante o anulador en la *poena forensis* que se impondrá en sentencia. Obviamente, el indulto es siempre una posibilidad abierta en estos casos, pero, como señalo, el plano de discusión es diferente.

A diferencia del caso español, en otros ordenamientos jurídicos sí existen algunas previsiones más o menos expresas para dar solución a esta controvertida cuestión, que se mueven entre la construcción de atenuantes específicas, supuestos de renuncia a la pena o autorizaciones —ya en sede procesal— para no perseguir el hecho delictivo. Las fórmulas son muy heterogéneas, si bien todas ellas parten de la máxima de que en los supuestos de pena natural la pena forense resulta de algún modo menos necesaria —o de que su aplicación es improcedente—, ya sea por insignificancia, falta de justificación, innecesariedad de pena o proporcionalidad, entre otras (Manjón-Cabeza Olmeda, 2008: 1124 ss.). En el §60 del Código Penal alemán, por ejemplo, se prevé una causa de exclusión de pena en los siguientes términos: «El tribunal puede prescindir de la pena cuando las consecuencias del hecho que el autor ha sufrido sean de tal gravedad que la imposición de la misma resulte manifiestamente equivocada. Esta disposición no es aplicable cuando el autor del hecho ha incurrido en una pena privativa de libertad superior a un año». Igualmente, el §34 del Có-

digo Penal austriaco señala: «Será considerada de especial atenuación la circunstancia de que el autor del hecho, o persona íntimamente allegada a él, resulte lesionado de gravedad, física o psíquicamente, o gravemente perjudicado material o jurídicamente, a causa del hecho o sus consecuencias». Fórmulas expresas, como vemos, que permiten la atenuación o anulación de pena en supuestos de *poena naturalis*. Fórmulas que, como decimos, no existen en nuestro ordenamiento jurídico.

Conviene cerrar este epígrafe haciendo una somera referencia a los límites de la *poena naturalis*. En opinión de Zaffaroni, para la determinación del específico nivel de pena, en supuestos de pena natural, debe tenerse en cuenta la gravedad de los sufrimientos padecidos por el autor del hecho a consecuencia de su delito. Si la sanción fijada finalmente (*poena forensis*) no tiene en cuenta lo anterior, la respuesta punitiva alcanzará un quantum excesivo de la proporcionalidad, como ya aventuramos *supra* (Zaffaroni, 2005: 372).

Parece claro que cuando hablamos de pena natural lo hacemos refiriéndonos a un mal que sufre el agente que perpetró un determinado hecho delictivo a consecuencia de esa misma comisión. Se trata, pues, de un mal «natural», no jurídico, que, como bien señalaba Choclán Montalvo (1999), viene referido a la persona o a sus bienes. Cuando ese mal es de carácter físico —es decir, afecta a la integridad física o corporal de la persona—, parece que no se suscita ningún problema en el momento de calificarlo como *poena naturalis*. ¿Qué ocurre, sin embargo, cuando el mal no es de carácter físico, sino moral? ¿Es posible hablar aquí, en los términos en que venimos haciéndolo, de *poena naturalis*?

Silva Sánchez parte de una definición dual de la pena natural. Por un lado, una *poena naturalis* positiva, entendida como cualquier consecuencia lesiva que sufre el agente producto del azar, de modo fortuito, y como efecto imprevisible e inevitable de su actuación delictiva. Por otro, una *poena naturalis* negativa,

como cualquiera de las consecuencias afflictivas para el agente que de algún modo o manera resulten reconducibles a su hecho delictivo y que no puedan calificarse de *poena forensis*. Con base en ello —y he aquí lo importante, a nuestro juicio, de su postura—, el autor entiende que se puede distinguir entre *poena naturalis physica*, y *poena naturalis moralis*. La primera se refiere a los daños físicos sufridos por el autor del hecho, mientras que la segunda se refiere a daños morales o intelectuales. La admisión de estos dos tipos de pena natural conducen al autor a defender que también el remordimiento sufrido por el sujeto como consecuencia directa del hecho delictivo perpetrado puede considerarse como un supuesto de *poena naturalis* y, consecuentemente, habrá de ser tenido en cuenta por nuestros tribunales a la hora de enjuiciar el caso. En sus propias palabras, «el remordimiento —o cargo de conciencia— es efectivamente algo más que la conciencia de haber obrado mal; es precisamente el sufrimiento derivado de esa ausencia de paz con uno mismo» (Silva Sánchez, 2014). En definitiva, la *poena naturalis* estaría conformada por aquellos casos en que el sujeto ha sufrido, a consecuencia de su propia actuación delictiva, un daño físico o moral grave que hace desproporcionada la total aplicación de una sanción penal (Yávar Umpiérrez, 2013).

El propio autor, no obstante, es consciente de las dificultades que se derivan de su planteamiento: «De uno u otro modo, parece que el remordimiento resulta un equivalente funcional de la dimensión fáctica de la pena. La cuestión es si el legislador ha partido de que todo delincuente experimenta un cargo de conciencia y, por ello, ha descontado de la facticidad de la *poena forensis* correspondiente a cada tipo la cuota de sufrimiento propia del remordimiento. O si, por el contrario, dada la creciente laxitud de las conciencias o su errónea conformación, ya no puede partirse —y tampoco lo hace el legislador— de que en todo delincuente el delito conlleve el sufrimiento interior derivado del juicio del tribunal de la conciencia» (Silva Sánchez, 2014). A ello, añadido yo, hay que oponer

la evidente y manifiesta dificultad de probar en sede procesal la existencia de un remordimiento en la figura del agente, máxime cuando el propio Silva Sánchez subraya que no es lo mismo el remordimiento que la conciencia de haber obrado mal. En todo caso, pienso que existe una dificultad insalvable para admitir que lo que el autor denomina *poena forensis moralis* —y, entre ellas, el remordimiento— pueda efectivamente ser tenido en cuenta a efectos de pena natural para reflejarse posteriormente (sea de la forma que sea) en la pena forense: en el caso del remordimiento y, en general, en cualquier tipo de constrictión de carácter moral o intelectual, el pensamiento o sentimiento interno que pueda sufrir el sujeto que cometió el hecho delictivo no deriva ni directa ni esencialmente de la ejecución misma del delito, sino que se encuentra inextricablemente unido a diversas consideraciones de su propia persona, ser, modo de pensar, sentir y actuar. Interfieren en el sujeto sus propias cualidades, sentimientos, opiniones y concepciones de la vida, del mal y del bien, por lo que no puede decirse que ese sentimiento moral (como pueda ser el remordimiento) sea consecuencia y efecto *directo* de la comisión del delito; al contrario: las más de las veces podrá derivar del entorno social, cultural o mediático, de la concepción de estos sobre el delito, o de la propia mala conciencia del delincuente.

2. ¿CÓMO REFLEJAR LA PENA NATURAL EN LA PENA FORENSE? ANÁLISIS DEL CASO ESPAÑOL

2.1. ATIPICIDAD DE LOS SUPUESTOS DE *POENA NATURALIS* POR INSIGNIFICANCIA. A SU VEZ: UN ESTUDIO SOBRE LA INSIGNIFICANCIA EN DERECHO PENAL

Partiendo de la inexistencia de un mecanismo legal expreso en nuestro sistema que

permita reflejar la *poena naturalis* en la *poena forensis* aplicable (sea atenuándola o incluso anulándola), una primera posibilidad consiste en acudir al principio de insignificancia (denominado por algunos «bagatela») para justificar de este modo que en los casos ejemplificados *supra* la pena no resulta aplicable por ser el hecho atípico al aparecer como irrelevante o insignificante.

Al contrario de lo que ocurre en el ordenamiento español —que, como he dicho, carece de previsión legal expresa que permita conducir los supuestos de pena natural a la órbita de la pena forense y, al contrario de lo que ocurre en otros sistemas en que, como el alemán o el austriaco, existe una fórmula que nada tiene que ver con la idea de «insignificancia»—, en otros países, sobre todo latinoamericanos, podemos encontrar normas que autorizan a una atenuación o a una total exención de la sanción penal en supuestos que ellos mismos denominan «insignificantes», o que equiparan a estos, y que normalmente aparecen conectados con el principio procesal de oportunidad (más cerca, pues, de la no perseguibilidad que de la atipicidad). En estos países existen textos legales que admiten el principio de oportunidad para evitar promover la acción pública, lo que supone una excepción al principio de legalidad, si bien pueden resultar perfectamente admisibles al no generarse tensiones con aquel, teniendo en cuenta que se trata de supuestos de oportunidad reglada en los que, ya desde la propia letra de la ley, se permite inaplicar la sanción penal en supuestos de pena natural por «insignificancia».

Es el caso, por ejemplo, de Argentina (que permite la no perseguibilidad en casos en que el hecho traiga consecuencia directa para el autor un daño físico o moral grave y a causa de ello la pena resulte inadecuada, si bien la previsión se restringe a supuestos de delitos imprudentes, cuando el interés público en la persecución es *insignificante*). La República Dominicana permite al Ministerio Público prescindir de la acción cuando el hecho «no afecte significativamente al bien jurídico» y la

pena máxima no supere los dos años, o cuando el sujeto haya sufrido como consecuencia directa del hecho «un daño físico o psíquico grave, que torne desproporcionada la aplicación de una pena o cuando en ocasión de una infracción culposa haya sufrido un daño moral de difícil superación». Perú admite el principio de oportunidad en casos de pena natural cuando el autor haya resultado gravemente afectado por las consecuencias de su delito y la pena sea desproporcionada. Bolivia permite prescindir de la persecución penal cuando el hecho sea de escasa relevancia social por afectación mínima a un bien jurídico, cuando el imputado haya sufrido a consecuencia de su actuación «un daño físico o moral más grave que la pena por imponerse». Colombia, en fin, da cabida, desde el año 2005, al principio de oportunidad en casos de importancia ínfima por afectación insignificante al bien jurídico, criminalidad mínima o si existe un supuesto de pena natural «cuando el imputado ha sufrido un daño físico o moral grave como consecuencia de un delito imprudente, resultando la sanción desproporcionada o contraria al principio de humanización de la sanción») (Manjón-Cabeza Olmeda, 2008: 1126 ss.).

Tales ejemplos muestran la contemplación conjunta por la que han optado algunos ordenamientos jurídicos respecto de la pena natural y el principio de insignificancia. Pero, como bien ha señalado Manjón-Cabeza Olmeda, «la previsión conjunta de la pena natural y del principio de insignificancia en los textos citados, como desencadenantes del principio de oportunidad, hace necesario recordar que entre los supuestos de insignificancia y una gran parte de los de pena natural hay una diferencia fundamental» (Manjón-Cabeza Olmeda, 2008: 1129). Para conocer mejor esta distinción es necesario indagar sobre el concepto y contenido de la insignificancia en el Derecho penal; solo así es posible articular o desmontar una teoría como la que estamos estudiando, que pretende equiparar, apoyándose en el principio de oportunidad, los supuestos de insignificancia a los de pena natural y viceversa.

Cuando se habla de insignificancia, se pretende aludir a aquellos casos en los que una conducta resulta aparentemente encuadrable en la descripción legal y, sin embargo, el ataque al bien jurídico tutelado por la norma aparece como insignificante o insuficientemente relevante (Luzón Peña, 1995: 22). De este modo, para Zaffaroni, «no es racional que arrancar un cabello sea una lesión, apoderarse de una cerilla ajena para encender el cigarrillo sea un hurto, llevar un pasajero hasta la parada siguiente a cien metros sea una privación de libertad, la propina al cartero constituya una dádiva, eludir a una persona sea una injuria, etc.» (Zaffaroni, 2005: 740).

Como ha entendido Luzón Peña, ante un estado de insignificancia la acción del sujeto encaja *formalmente* en la descripción legal y *materialmente* afecta al bien jurídico, por lo que puede afirmarse la concurrencia del tipo penal, entendido tanto desde la óptica del tipo estricto o *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad, como tipo amplio o *ratio essendi* de la antijuridicidad. En el primero de los casos existirá una acción típica y antijurídica (a salvo de que concurra alguna causa de justificación). En el segundo, se hablará de una acción típicamente antijurídica (Luzón Peña, 1995: 26).

El criterio de la insignificancia no es susceptible de *anular* —desde el punto de vista dogmático— ni el tipo ni la antijuridicidad. En el primero de los casos, porque la conducta encaja en la descripción legal (taxativamente entendida), tanto objetiva como subjetivamente. En el segundo, porque el comportamiento del sujeto es ilícito tanto desde el punto de vista formal (existe contradicción del hecho con el Derecho) como material (existe afectación al bien jurídico tutelado, por más que esta pueda resultar nimia o insignificante). La insignificancia, por ello, no puede converger en una categoría dogmática en el seno de la teoría jurídica del delito porque no puede negar la tipicidad o la antijuridicidad de los hechos cuando estos han sido ya afirmados por la propia ley. En contraste, otros autores parecen admitir que la insignificancia pueda ir

más allá y no ser considerada un simple criterio interpretativo restrictivo, sino una auténtica «causa de exclusión de la tipicidad material» (Flávio Gomes, 2006: 757). Es la ley la que ha configurado (equivocadamente o no) un tipo penal que en su totalidad describe la conducta, por mucho que esta pueda resultar efectivamente insignificante o irrelevante de cara a la afectación del bien jurídico que con la misma se produce. Ante este tipo de conductas, y en palabras de Luzón Peña, «solo cabe solicitar su supresión de *lege ferenda*, pero la labor dogmática no puede anular una decisión clara del legislador» (Luzón Peña, 1995: 28). Cuando hablamos de insignificancia, estamos exigiendo más bien una labor interpretativa del tipo penal, o una restricción tácita del mismo. Se trata de un juicio de interpretación teleológica de la norma que parte de una orientación de esta a la tutela y protección de un determinado bien jurídico: una conducta que cumpla el supuesto de hecho legal podrá resultar finalmente atípica si resulta que el bien jurídico ha sido objeto de un ataque que pueda calificarse finalmente de *insignificante* (Gimbernat Ordeig, 2009: 87-88).

Desde mi asunción del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos (ofensividad, lesividad), entiendo que el Derecho penal tiene por función principal la tutela de los bienes jurídicos más importantes ante los ataques más intolerables. El Estado está llamado a intervenir punitivamente en aras de la salvaguarda y protección de los intereses jurídicos más importantes. Esta llamada al intervencionismo protector no comporta —ni ha de hacerlo— que el *ius puniendi* se ejercite de manera máxima, ante cualquier entidad de ataque; debe limitarse a una intervención mínima indispensable (Octavio de Toledo y Ubieto, 1981: 358). Considero, no obstante, que cuando hablamos de insignificancia solo hacemos referencia a una de las caras de la moneda que constituye esta *intervención mínima* del Derecho penal: la fragmentariedad (o carácter fragmentario del Derecho penal) con exclusión de la denominada subsidiarie-

dad; prefiero optar por esta denominación y no por aquella que otorga al Derecho penal un carácter «secundario»; se habla así de «secundariedad» del Derecho penal; con toda razón Gimbernat Ordeig ha señalado que al elegir este término «no se ha demostrado demasiado acierto para designar algo que es esencial al Derecho penal. Por “secundario” se entiende en el lenguaje corriente algo carente de importancia, irrelevante. Y el Derecho penal es todo menos eso [...]. Mucho más propio sería hablar de carácter de “última instancia” del Derecho penal» (Gimbernat Ordeig, 2009: 24-25). El carácter subsidiario del Derecho penal implica que la intervención de este sector del ordenamiento debe ser la última respecto del resto de ramas que lo constituyen; por tanto, allá donde otros instrumentos jurídicos menos lesivos resulten eficaces para proteger un interés determinado, deberán emplearse estos y no el Derecho penal. Esta subsidiariedad no juega papel alguno cuando hablamos de insignificancia, toda vez que el legislador ya ha decidido que una determinada conducta merece el calificativo de «delito» y, por tanto, que el control social debe efectuarse por medio del Derecho penal. El problema surge más bien cuando, una vez se ha dado el paso hacia el Derecho penal, la conducta produce una afectación sumamente vaga al bien jurídico protegido. En estos casos —ahora sí— se habla de insignificancia imbricada al carácter fragmentario del Derecho penal: el *ius puniendi* no debe ofrecer protección a los bienes jurídicos frente a cualquier tipo de ataque y en todo caso, sino exclusivamente contra las modalidades de ataque más graves (Octavio de Toledo y Ubieto, 1981: 359). Es precisamente esta característica de *fragmentariedad* la que sustenta el principio de la insignificancia: el Derecho penal protege aquellos bienes más importantes para la convivencia social y esta tutela se limita a aquellas conductas que atacan de la manera más intensa a tales intereses (Navarro Massip, 2011: 54).

El carácter fragmentario y de *ultima ratio* del Derecho penal conduce a negar que una acción resulte penalmente relevante, aunque

sea formalmente incardinable en la descripción normativa y además contenga un cierto desvalor jurídico material, cuando en el supuesto particular el desvalor sea mínimo o insignificante. La fragmentariedad penal exige interpretar que la conducta típica se constituya exclusivamente por acciones *gravemente* anti-jurídicas y que quedan fuera aquellos hechos que supongan una «gravedad insignificante», sin que desde esta exégesis pueda inferirse una *contraditio in terminis*. El principio de insignificancia, como *criterio interpretativo* de auxilio exegético de la norma, juega su papel en aquellos supuestos en los que la conducta típica, en principio suficientemente grave, admite casos en los que el desvalor resulta verdaderamente insignificante, lo que puede ocurrir bien ante un mínimo desvalor objetivo de dicha conducta, bien ante un mínimo desvalor subjetivo de la acción (Luzón Peña, 1995: 28). En cualquier caso, subrayamos, no estamos ante una categoría dogmática autónoma, sino ante un principio interpretativo-teleológico del tipo penal.

Como observa Navarro Massip, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha entendido que reducir el Derecho penal a una *ultima ratio* es un postulado de política criminal ciertamente razonable, que debe ser tenido en cuenta (primordialmente) por el legislador. Se ha considerado, no obstante, que en la práctica judicial (y, añadiría yo, doctrinal) este principio «tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del Derecho penal» (Navarro Massip, 2011: 54). Según entiendo, el principio de legalidad no implica una restricción absoluta de la labor interpretativa al texto de la norma penal; el Derecho penal admite criterios interpretativos diferentes, y entre ellos, por lo que aquí interesa, ocupa un papel destacado el teleológico. Ciertamente, no puede construirse una categoría dogmática por parte de la doctrina que, contrariamente a lo dispuesto por el legislador

en la norma, declare como atípico un hecho contemplado en un tipo penal: ello podría suponer una violación del principio de legalidad, nuclear en un Derecho penal moderno. No obstante, la exigencia de legalidad en materia penal no impide la *interpretación* normativa (Gómez Pavón y Bustos Rubio, 2014: 169 ss.). En palabras de Navarro Massip, «interpretar la norma en un determinado sentido no es contrario al principio de legalidad, cosa distinta es que ello acarree una indeseable inseguridad jurídica» (Navarro Massip, 2011: 54). El criterio de la insignificancia debe ostentar, pues, naturaleza de *principio interpretativo* de la norma penal.

El principio de insignificancia es resultado de una inferencia directa del principio de *intervención mínima* del Derecho penal en su vertiente de *fragmentariedad*, principio que influye sobre la concepción del Derecho positivo desde un punto de vista crítico. La imprecisión del legislador en la descripción de los tipos penales (los denominados *tipos abiertos*), así como la carencia de mecanismos por parte de este para precisar al milímetro las conductas típicas abocan inevitablemente a que ciertos comportamientos insignificantes se filtren en el seno del delito (Rusconi, 1992: 73). Esta inflación de los tipos penales reclama imperiosamente una interpretación adecuada y coherente con el principio de lesividad y el carácter fragmentario del Derecho penal. Obviamente, el principio de insignificancia formará parte de la dogmática penal misma, pues no deja de constituir un método científico de investigación para el jurista orientado a la consecución de un sistema penal coherente (Polaino Navarrete, 2005: 844-845). Pero ello no implica que este criterio se constituya como una categoría dogmática autónoma en la teoría del delito: más bien es un criterio de interpretación que influye sobre la construcción y entendimiento de una categoría dogmática (la tipicidad). Se trata de interpretar restrictivamente una categoría dogmática ya existente que coadyuve a su entendimiento (a su afirmación o negación) desde una óptica teleológica. También la juris-

prudencia ha entendido que nos encontramos ante un principio interpretativo restrictivo. Así la STS 374/2011, de 10 de mayo (RJ 2011; 3741) consideró que el carácter típico del hecho puede excluirse cuando «aún apareciendo normalmente incluida en aquella descripción, una interpretación restrictiva de la norma en sintonía con el principio de mínima intervención la excluya por no quedar suficientemente afectado bien jurídico alguno, ya que en definitiva sólo el ataque a éste justificaría la descripción de la acción típica».

El criterio de insignificancia no se obtiene de ninguna norma en particular, sino mediante el ejercicio de una interpretación teleológica (Rusconi, 1992: 74). El entendimiento de la insignificancia como principio interpretativo resulta por lo demás positivo, dado que el examen de un supuesto de hecho concreto, dotado de innumerables connotaciones y particularidades, reclama la utilización de criterios flexibles que permitan resolver con coherencia los diferentes casos que acontecen en una sociedad mutable. Los principios del Derecho son genéricos, abstractos y se encuentran sujetos a la prudente ponderación del juzgador, lo que no es una excepción en Derecho penal.

El principal problema que acarrea el principio de insignificancia es el de su contenido. A pesar de que el criterio de la insignificancia goza de amplia aceptación entre la doctrina penal, se ha alegado críticamente la indeterminación conceptual —o imprecisión terminológica— del término y su innegable carga de inseguridad jurídica (Flávio Gomes, 2006: 761). En la tarea de dotar de contenido a este criterio converge una doble traba: por un lado, la subjetividad en la apreciación del mismo; por otro, el carácter extremadamente valorativo de su apreciación. Todo ello puede convertir *de facto* a este principio interpretativo en un auténtico «cajón de sastre» de atipicidad, con sus consecuentes efectos poco o nada deseados (Navarro Massip, 2011: 55). Sin duda, esta es la *vexata quaestio* por excelencia cuando nos aproximamos al estudio de la insignificancia y su papel en la teoría jurídica del delito.

Algún sector de la doctrina ha rechazado que este principio pueda jugar papel alguno en la teoría del delito con el argumento de que no existe un límite claro entre lo que resulta insignificante y lo que constituye un ataque significativo para el bien jurídico. Sin embargo, como bien advierte Zaffaroni, siempre que el jurista se aproxima a la traducción de un elemento valorativo se enfrenta a «un espectro que va del blanco al negro, con infinitas gamas de gris en medio. Es absurdo pretender que porque hay zonas grises, todo debe ser negro» (Zaffaroni, 2005: 373). La dificultad valorativa no debe eliminar, sin más, la vigencia de principios racionales del Derecho penal. Aunque es evidente la dificultad de dotar de contenido al criterio de la insignificancia, podemos encontrar empeños por ello en la doctrina. Para no excederme del objeto principal de este trabajo, solo reflejaré —a título ejemplificativo— algunas de las opiniones doctrinales al respecto.

Según Navarro Massip, «no es posible acudir a un baremo “objetivo” de lo que debe quedar fuera del tipo, atendiendo a la insignificancia o a la adecuación de la conducta, por lo inespecífico y mutable de su contenido» (Navarro Massip, 2011: 55). Para este autor, no obstante, desde la teoría del tipo se puede obtener una explicación dogmática sobre el contenido de la insignificancia. En su opinión, esta exégesis pasa por excluir el desvalor de acción en supuestos de insignificancia: «Si la conducta no parece *ex ante* capaz de producir el resultado típico no podrá atribuirse a su autor» (Navarro Massip, 2011: 59). Entraría en juego, al nivel del tipo, el principio de lesividad, que coadyuvaría a delimitar la relevancia de determinadas conductas, de tal modo que si las mismas no son susceptibles de poner en peligro el bien jurídico protegido desde una perspectiva *ex ante*, habrán de considerarse atípicas por insignificantes.

Por su parte Silva Sánchez ha considerado que para valorar cuándo la conducta supone un riesgo especialmente grave para un bien jurídico penal habrá de atenderse a una doble vertiente: cuantitativa y cualitativa. Solo estas

conductas «entran dentro de lo que parece necesario, posible y lícito prohibir con una limitación de la libertad de acción de tanta intensidad como es la amenaza de pena» (Silva Sánchez, 2010: 630). A juicio del autor, esta configuración casa con un sistema orientado teleológicamente a la protección de bienes jurídicos, que no se limita en exclusiva a lo prohibido respecto a lo conforme a Derecho, sino que trasciende de lo anterior y se adentra en la cualificación del injusto penal como injusto auténticamente merecedor de pena, frente al resto de formas de conducta, como aquellas que resultan insignificantes.

Zaffaroni acude a la proporcionalidad para dotar de contenido al criterio de la insignificancia. Se exige cierta relación proporcional entre la lesión y la punición del hecho. Si de ese juicio se deduce una desproporción totalmente irracional del hecho con la pena que resulte aplicable, entonces estaremos ante un supuesto de insignificancia que no se hará merecedor de pena. Para Zaffaroni, «en todos los tipos en que los bienes jurídicos admitan lesiones graduables, es posible concebir actos que sean insignificantes. Lo mismo cabe decir de los tipos de peligro, por ser este un concepto eminentemente graduable» (Zaffaroni, 2005: 372-373).

Para Rusconi, en fin, «los criterios de insignificancia no se obtienen ni del orden normativo en su conjunto, ni de alguna norma en particular, sino de una actividad de interpretación más o menos teleológica» (Rusconi, 1992: 74).

Estudiada la insignificancia —a grandes trazos, pero de forma suficiente en el marco de la investigación que nos proponemos realizar—, debemos dar respuesta a la pregunta sobre la posibilidad de que, transitando el camino de la atipicidad por insignificancia o irrelevancia del hecho, podamos alcanzar soluciones satisfactorias que permitan finalmente reflejar la *poena naturalis* en la *poena forensis*. La respuesta —fácilmente se puede aventurar tras la explicación dada— debe ser negativa.

Con base en el principio de oportunidad, es perfectamente posible renunciar al castigo penal (y antes, incluso, a su persecución) en supuestos de insignificancia, que pueden tildarse de atípicos mediante una interpretación teleológica que ponga como telón de fondo el interés protegido por la norma en virtud del principio de fragmentariedad y, en general, el intervención mínima. En estos casos nos encontramos con hechos atípicos porque el ataque al bien jurídico es mínimo, insignificante o ciertamente irrelevante, lo que permite legitimar ya antes la renuncia a la persecución en sede procesal penal. Esto es lo que ocurre precisamente en nuestro sistema procesal actual; en concreto, tras la reforma operada por el apartado diez de la disposición final segunda de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modificó la LO 1/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, el actual artículo 963.1 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone lo siguiente: «Recibido el atestado conforme a lo previsto en el artículo anterior, si el juez estima procedente la incoación del juicio, adoptará alguna de las siguientes resoluciones: 1.ª Acordará el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando lo solicite el Ministerio Fiscal a la vista de las siguientes circunstancias: a) El delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor, y b) no exista un interés público relevante en la persecución del hecho. En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado [...]». Esta norma —hoy ya de Derecho positivo— permite al juez acordar el sobreseimiento de la causa cuando, a solicitud del Ministerio Público, concurren dos circunstancias: por un lado, que se trate de un delito leve de escasa gravedad (insignificante) y, por otro, que no haya interés público en la persecución del hecho. Se trata de un supuesto de oportunidad reglada que permite el archivo de la causa en supuestos de insignificancia.

No ocurre lo mismo, sin embargo, en supuestos de pena natural, en los que, al menos en la mayor parte de los casos, la lesión al bien jurídico es relevante, significativa, y fragmentariamente encaja en el tipo con total precisión, sin que la intervención mínima y tampoco una exégesis teleológica del ilícito cara al bien jurídico permita afirmar que el hecho deviene atípico. Por ello, ni siquiera el actual art. 963.1 de la LECRIM. resulta adecuado para solucionar problemas en orden a supuestos de pena natural.

En algunos sistemas, como se ha visto, se equiparan los supuestos de pena natural a los de insignificancia y se pone a ambos bajo el mismo manto de la oportunidad; pero ello no debe conducirnos a afirmar que estamos ante idénticos grupos de casos ni que en ambos supuestos pueda afirmarse la atipicidad del hecho. No es posible explicar la procedencia de no sancionar (o sancionar menos) por el hecho de que el autor, al matar a alguno de sus allegados aun de forma imprudente, o lesionarse a sí mismo a consecuencia de su actuar delictivo, sufre un inmenso padecimiento, un mal, calificar el hecho como insignificante y, por ello, atípico o no perseguible penalmente: en estos casos (pena natural) se ha producido una lesión considerable y grave de un bien jurídico ajeno, por lo que no existe insignificancia. Por ello, aunque en ocasiones la insignificancia y la *poena naturalis* encuentren acomodo y regulación legal conjunta bajo el paraguas del principio de oportunidad, son supuestos diferentes y su fundamento es distinto. Y, desde luego, en el caso de la pena natural, la solución no es la de atipicidad por insignificancia del hecho típico (Manjón-Cabeza Olmeda, 2008: 1129).

2.2. NO PUNIBILIDAD O ATENUACIÓN DE LA SANCIÓN POR INNECESARIEDAD DE PENA EN SUPUESTOS DE *POENA NATURALIS*

Otra de las posibilidades esgrimidas por algún sector doctrinal apunta a una solución que pasa por la atenuación de la pena o in-

cluso por la no punición del hecho mismo en supuestos que puedan calificarse de *poena naturalis*, con apoyo en un fundamento basado en una significativa reducción de la necesidad de pena o de su total innecesariedad en tales casos. Como puede comprobarse, se trata más de una línea argumental sobre el fundamento de la institución aquí analizada que sobre las posibilidades de reflejo de los efectos dimanantes de una pena natural en la pena forense aplicable. En efecto, esta postura llega a la conclusión —idéntica a la del resto de soluciones que estamos estudiando— de que cuando el sujeto que comete el delito sufre un mal en sí o en sus allegados como consecuencia directa de su actuación, la pena forense deberá ser atenuada o incluso completamente anulada. Sin embargo, no ofrece respuesta sobre cuál debe ser la fórmula legal que conduzca a adoptar tal solución en nuestro Derecho positivo y se limita a explicar las razones o fundamentos que sostienen tal solución: la de una limitada necesidad de pena que, incluso en ocasiones, llegaría a tornarse en una completa innecesariedad de aplicación de la misma. Encontramos así que en los supuestos de pena natural, la pena forense resultará menos necesaria o completamente innecesaria, y de ahí su menor aplicación o su absoluta no aplicación.

Esta línea de pensamiento parte de que los sufrimientos postdelictuales padecidos y generados por la conducta delictiva deben valorarse como «castigo inicialmente metajurídico que reduce la culpabilidad sancionable y la dimensión de la pena necesaria» (Manjón-Cabeza Olmeda, 2008: 1137). Así, por ejemplo, en relación con la regulación alemana, Jescheck y Weigend han sostenido que en los supuestos de pena natural por infracciones castigadas con una pena que no supera el año no puede reconocerse ninguna necesidad preventiva de sanción penal. Aciertan los autores al matizar que, dado que la fórmula del parágrafo 60 del Código Penal alemán contiene una solución de «todo o nada» y que permite la retirada completa de pena, pero no su simple atenuación, entonces manifiestamente debe tratarse de una

pena totalmente innecesaria que conduce a dispensar de todo castigo al sujeto (Jescheck y Weigend, 2002: 929). Esta interpretación es defendida también en nuestro país por Choclán Montalvo (1999).

A pesar de que entremezcle diversas razones en su exposición, resultan claras las palabras de Redondo Hermida cuando explica —y defiende— la innecesariedad de la pena (o menor necesidad de la misma) en supuestos de *poena naturalis*: «Si el autor de un delito padece graves sufrimientos como consecuencia de su ejecución, como si por consecuencia de su obrar descuidado produce la muerte de su pequeño hijo, ¿qué sentido o necesidad tiene la pena allí?, o, en todo caso, ¿tiene mayor sentido o necesidad en este caso que en los usualmente reconocidos en forma expresa por las legislaciones penales? Es claro que la imposición de una pena (y más aún de una tan estigmatizante como la privativa de libertad) no tiene, en un caso como el citado, más que una función de mero castigo innecesario e inconveniente. La imposición de una pena para los supuestos de la llamada “pena natural” violentaría abiertamente el principio de estricta necesidad de la pena. A su vez, importaría una reacción estatal verdaderamente cruel, con lo cual se estaría transgrediendo el principio de prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes. Por supuesto que, a su vez, ello sería desconocer el principio de racionalidad de los actos de gobierno y razonabilidad de las decisiones judiciales, resultando la pena en concreto una respuesta del Estado incapaz de servir para el cumplimiento de fin de “reinserción social” que las normas fundamentales atribuyen a su ejecución» (Redondo Hermida, 2009: 73 ss.). Como he apuntado, este autor mezcla razones diferentes en su argumentación, pues aún a la innecesariedad de pena el principio de humanidad de las penas y la racionalidad de los actos de gobierno y jueces. Quedémonos aquí, no obstante, con el criterio de la menor necesidad de sanción penal en supuestos de *poena naturalis*.

Más allá de que, como digo, nos encontremos ante una línea de pensamiento que se centra en indagar el fundamento o la razón de ser de la institución, pero no en ofrecer soluciones prácticas para alcanzar, por la vía de nuestro Derecho positivo, un reflejo real de la pena natural en la pena forense, en adelante dedicaré unas líneas a indagar en los pilares de esta tesis.

Cuando nos aproximamos a conceptos como el de *necesidad de pena*, tan poco cultivado en nuestra doctrina (sí, por el contrario, en la alemana), debemos fijar una concepción personal que permita contornear este concepto, su ubicación sistemática y su papel en la teoría del delito. A mi juicio —como he defendido en otros trabajos (Bustos Rubio, 2015: 189 ss.)—, el concepto de *necesidad de pena* se encuentra íntimamente imbricado con la categoría de la punibilidad en Derecho penal como elemento ajeno al propio delito.

La punibilidad puede entenderse como la posibilidad legal de aplicación de la pena al cumplirse los presupuestos necesarios para que un hecho típico, antijurídico y culpable pueda ser castigado (Gómez Rivero, 2010: 305). En determinados tipos delictivos se han previsto por el legislador ciertos elementos cuya concurrencia o ausencia determina la imposición o la exclusión de pena. Se trata de elementos que no pueden incluirse en las categorías de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad porque no responderían a las funciones que estas tienen asignadas y que, por tanto, vendrían a instalarse en una nueva categoría, ajena al delito: la *punibilidad*. El problema radica en que los elementos que conforman la punibilidad son componentes de muy diversa índole, de distintos significados y con diferentes funciones. Es difícil, por tanto, dotar de un contenido exacto a la punibilidad, pues en la misma converge un revoltijo de elementos muy heterogéneos y de contenido muy dispar (Bustos Rubio, 2015: 200).

La doctrina explica el contenido y la propia existencia de la punibilidad acudiendo a razones de política criminal, de oportunidad,

razones de política jurídica o de conveniencia o inconveniencia de la intervención penal; todas ellas son ajenas al contenido del injusto y de la culpabilidad y se basan en las ideas de *merecimiento* o *necesidad* de pena, e incluso en la incidencia del comportamiento del sujeto en los fines preventivos de la pena (Pedreira González, 2010: 169). En puridad, es tarea ardua reconocer la existencia de un fundamento único que resulte extensible por igual a todas y cada una de las cláusulas que se agrupan bajo la rúbrica *punibilidad*. A mi modo de ver, existen esencialmente dos líneas de fundamentación en esta categoría: una apoyada en criterios de política criminal —o, en general, de política jurídica— y otra que recurre a criterios de necesidad o innecesiedad de pena en atención a los fines preventivos de aquella (Bustos Rubio, 2015: 201 ss.). Sobre la primera línea no me detendré aquí porque no resulta relevante a los efectos de este estudio; sobre la segunda, por el contrario, resulta obligado hablar.

En efecto, algunas instituciones que pertenecen a la categoría de la punibilidad pueden responder a criterios de necesidad de pena, en atención a los fines preventivos de la misma (Mendes de Carvalho, 2007: 198-203; García Pérez, 1997: 49-57). Algunos autores entienden que en la punibilidad entran en juego dos conceptos poco precisos: merecimiento (*Strafwürdigkeit*) y necesidad (*Strafbedürftigkeit*) de pena, lo que aconsejaría en ocasiones el establecimiento de ciertas cláusulas que condicionen, de una u otra manera, la punibilidad de un hecho. Como he defendido, la pena es *merecida* desde que se afirma que el hecho es antijurídico y culpable (o mejor: personalmente imputable), pues es este un juicio de desvalor que incide sobre el hecho (en ocasiones sobre lo antijurídico del hecho, y en otros casos sobre lo culpable o personalmente imputable del mismo). Cuando hay delito, la pena es ya, por tanto, merecida. Distinta es la *necesidad* de pena: esta, una vez ya es merecida, puede ser o no necesaria, según su conveniencia o inconveniencia en atención a múltiples criterios; entre ellos por ejemplo, si se han cumplido (y

en qué medida) los fines de la pena (prevención general/especial), si existen medios menos lesivos para el castigo o si la pena es, en definitiva, útil o idónea para hacer frente al delito. Afirmar la necesidad de pena implica que previamente existía merecimiento de la misma; por el contrario, afirmar el merecimiento de pena no conduce inexorablemente a asentir en la necesidad de pena. O, lo que es lo mismo: el merecimiento es *conditio sine qua non* de la necesidad de pena, mas no al revés.

Cuando un determinado hecho revela la *innecesariedad* de pena en un supuesto particular, entonces podrá condicionarse la punición del mismo al cumplimiento o el incumplimiento de determinados requisitos vinculados a ese hecho concreto (condiciones objetivas de punibilidad, excusas absolutorias...). Si no puede acreditarse la innecesariedad de pena, el fundamento de la cláusula de que se trate, ubicada en sede de punibilidad, no podrá responder a una ausencia de necesidad de la pena. Si, pese a haber necesidad de pena, no se castiga es porque la necesidad de pena ha de retroceder ante otras finalidades del Estado, finalidades que pueden ser político criminales o político jurídicas generales.

Por clarificadoras, expongo en adelante las palabras de Alcácer Guirao, que, si bien en referencia a la institución del desistimiento de la tentativa, explica con claridad la idea de necesidad de pena ante el delito: «Tanto la lesión del bien jurídico como la puesta en peligro del mismo son hechos ya irrevocables; ni el autor ni la pena pueden ya modificar algo que queda en el pasado. En cambio, con la realización de una conducta delictiva se produce también un “daño” social que, dada su naturaleza simbólica, sí es susceptible de revocación: con la puesta en peligro o la lesión de un bien jurídico el autor expresa que la norma no es una pauta social de conducta válida, lo que produce un quebrantamiento de la vigencia de las normas. Tras la realización de un delito, los ciudadanos ya no pueden confiar en que las normas serán respetadas por los demás, dado que tanto su vigencia como su poder de persuasión (ya

por el componente valorativo de las mismas, o por su efectividad coactiva a través de la amenaza de pena) han quedado desautorizados. Para reafirmar esa vigencia es para lo que ha de imponerse la pena: con la pena la sociedad viene a desautorizar la validez del mensaje del autor del delito, reafirmando que las normas deben respetarse y que además posee mecanismos coercitivos para hacerla respetar. Por ello es necesaria la imposición de la pena: con ella se revoca el daño simbólico producido por el delito. Ahora bien, en ocasiones, la vigencia de la norma puede ser reafirmada por el mismo autor: ello es lo que contempla el desistimiento. Con la acción del desistimiento, el autor desautoriza su mensaje anterior, viniendo a expresar que la norma debe respetarse, que es una pauta de conducta vinculante. Desde esta perspectiva, puede afirmarse que el desistimiento viene a realizar la misma función que la pena, apareciendo, si así quiere llamarse, como un equivalente funcional de la misma. Por ello con un desistimiento eficaz se hace innecesaria la aplicación de la pena: porque con la acción de desistimiento es el mismo agente el que viene a reafirmar la vigencia de las normas. De igual modo, en la atenuante de reparación puede afirmarse una menor necesidad de pena, dado que el agente, con su *actus contrarius* dirigido a favor de la víctima, viene a expresar, revocando su mensaje anterior, que el bien jurídico (ya lesionado) ostenta un valor digno de respeto. En suma, ambos pueden ser definidos como “actos positivos de revocación”» (Alcácer Guirao, 2001: 99-100). En los supuestos expuestos por el autor (desistimiento, reparación del daño), parece claro que puede afirmarse, al menos, una reducida necesidad de sanción penal que permite la atenuación de pena dada por nuestro sistema penal a tales casos.

Y precisamente aquí encontramos la contestación a esta línea de pensamiento. Cuando hablamos de *poena naturalis* nos encontramos ante *sufrimientos postdelictivos*, pero en ningún caso ante *comportamientos postdelictivos* (como pueden ser, por ejemplo, la reparación del daño o el desistimiento en la tentativa)

con los que el sujeto *demuestre*, con un actuar positivo, una reducida necesidad de pena. Los sufrimientos posteriores del sujeto, a consecuencia de su propio actuar delictivo, perfectamente pueden constituir supuestos de pena natural que podrán ser tenidos en cuenta por el juez en la determinación de la pena forense aplicable por las razones esgrimidas más arriba. Pero tales sufrimientos son completamente ajenos a la voluntad del sujeto y no pueden ser equiparados a circunstancias postdelictivas que implican, en según qué formas, un reconocimiento por el agente de la norma violada o el propósito de resarcimiento, reparación o remedio del daño causado que compensen el hecho delictivo perpetrado (Manjón-Cabeza Olmeda, 2008: 1138).

En supuestos de pena natural no se produce una menor necesidad de pena en el sentido acabado de estudiar, identificado en la teoría de los fines de la pena y en el comportamiento postdelictual positivo o reparador del sujeto. En todo caso, se comprende una menor necesidad de pena *forense* por criterios de proporcionalidad o de humanidad de las penas, o una menor necesidad de pena *forense* porque ya la pena *natural* debe concebirse como un mal a descontar de la primera. Pero la lesión (o peligro) del bien jurídico tutelado en el delito que se trate se ha producido, y no se ha remediado o compensado por voluntad del sujeto, por lo que considero que, en lo que se refiere a los fines de la pena, la pena es igualmente necesaria. Es necesaria tanto desde la perspectiva de la prevención general como desde la de la prevención especial. Podrá devenir ciertamente desproporcionada en casos de *poena naturalis*, y de ahí que se permita indagar una atenuación de la pena forense en tales supuestos, pero la razón última no estribará en una menor necesidad de sanción demostrada por el comportamiento activo, reparador o conciliador del sujeto (como puede ocurrir en el desistimiento de la tentativa o en la reparación del daño), sino, como expuse al inicio de este estudio, en razones de proporcionalidad (*poena forensis/poena naturalis*) o de humanidad de las penas.

2.3. ATENUACIÓN ANALÓGICA

Una tercera vía —que además cuenta con un alto grado de protagonismo en nuestro Derecho español— consiste en aplicar a los supuestos de pena natural la atenuante analógica (o de análoga significación) del art. 21.7º CP, que incluso puede llegar a aplicarse como muy cualificada, tal y como ha entendido el Tribunal Supremo en sus sentencias 70/2005, de 26 de enero; 1549/2004, de 27 de diciembre; 2039/2002, de 9 de diciembre; y 1911/2002, de 18 de noviembre, entre otras.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha abordado el estudio sobre la posibilidad de que la *poena naturalis* tenga su reflejo en la *poena forensis* con efectos atenuadores en un caso recogido en la Sentencia 806/2002, de 30 de abril: una mujer en situación de pobreza extrema, con tres hijos y uno de ellos gravemente enfermo, pendiente de un inminente desahucio, aceptó transportar ocho paquetes de cocaína dentro de su cuerpo de Bogotá a Milán, haciendo escala en Barajas, donde fue detenida. En el hospital, la mujer expulsó parte de la droga, pero alguno de esos paquetes se rompieron en el intestino; esta circunstancia le ocasionó un riesgo de muerte por intoxicación por el que fue intervenida quirúrgicamente hasta en dos ocasiones y sufrió importantes secuelas a causa de la extirpación de parte de intestino. La sentencia de instancia condenó por tráfico de drogas, pero atenuó la sanción por (a) estado de necesidad incompleto, y (b) atenuante analógica de pena natural por los padecimientos sufridos por esta mujer, a causa de su propia conducta delictiva (art. 21.7º CP).

La referida sentencia del Alto Tribunal, por el contrario, negó la posibilidad de admitir una atenuante analógica derivada de la valoración como «castigo metajurídico que reduce la culpabilidad sancionable y la dimensión de la pena necesaria» o «castigo extrapenal o pena natural nacida de la propia conducta típica de la procesada». El Supremo no encontró analogía con ninguna circunstancia atenuante contemplada expresamente en nuestro Código

Penal, si bien centró su análisis en la comparativa con la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas en la causa (hoy expresamente contemplada en nuestro Código Penal): «La única posible excepción al criterio jurisprudencial que exige la correlación con alguna de las atenuantes típicas para aplicar la analogía del art. 21.6 CP. [hoy 21.7º] es la que establece esta misma Sala en los casos de dilaciones indebidas», señaló. Para el Tribunal Supremo, los daños y padecimientos sufridos por la acusada «no traen causa de la violación de algún derecho de esta que hubiera sido quebrantado por los órganos judiciales que instruyeron y enjuiciaron el proceso y que según lo dicho [...] pudieran ser reparados con una minoración de la responsabilidad criminal en que incurrió la autora del delito [...] El infortunio (de la autora) aparece así ajeno a toda realidad jurídica con eventual incidencia en la culpabilidad». En consecuencia, según este entendimiento del Tribunal Supremo no es posible apreciar atenuante analógica por los sufrimientos del sujeto derivados de su propia actuación anti-jurídica (*poena naturalis*), porque no es posible establecer una comparación con la idea genérica de una «ignorada atenuante específica» (Manjón-Cabeza Olmeda, 2008: 1136-1137).

De otra opinión es, sin embargo, Choclán Montalvo, quien ha considerado que «la pena natural es una circunstancia análoga a la tenida en cuenta por el legislador en determinados tipos de la parte especial (arts. 146 y 158 referidos al aborto y a las lesiones al feto por imprudencia grave) y denota la menor necesidad de pena de forma análoga a otras circunstancias típicas de la parte general». Continúa este autor arguyendo que los daños físicos sufridos por la autora del delito, en el ejemplo anteriormente expuesto, «constituye[n] ya un importante castigo [...] la función compensatoria de la culpabilidad que corresponde a la pena se ha cumplido en parte al margen de la *poena forensis* [...] la pena natural tiene un reconocimiento en nuestro Derecho. No se trata de la aplicación de una atenuante *extra legem*» (Choclán Montalvo, 2002: 1221 ss.).

Por su parte, Bacigalupo ha sostenido una equiparación entre la atenuante de dilaciones indebidas y los supuestos de pena natural según la cual ambos suponen una compensación de la culpabilidad. En el caso de la *poena naturalis*, tal compensación se produce «cuando el autor recibe como consecuencia de la comisión de un 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*» (Bacigalupo, 1999: 44).

Sin embargo, como pone de manifiesto algún autor (Redondo Hermida, 2009: 73 ss.), en los últimos años la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dado un giro sorprendente en su concepción de la pena natural y en su análisis de la vía por la que esta pueda tener su reflejo en la pena forense. En este sentido, la sentencia del Alto Tribunal de 5 de junio de 2008, en defensa de la aplicación de la atenuante de análoga significación, expuso lo siguiente: «En el derecho vigente no existe una norma semejante [...] ello no impide una interpretación de las atenuantes de análoga significación, reconocidas en el Código Penal, conforme al principio constitucional de culpabilidad, es decir, el que determina no solo que no hay delito sin culpabilidad, sino que la gravedad de la pena debe ser proporcional a la gravedad de la culpabilidad por el hecho [...]. La jurisprudencia de esta Sala ha superado la antigua concepción que basaba la analogía de la circunstancia atenuante con el aspecto morfológico de las otras atenuantes contenidas en el art. 21 del Código Penal. Actualmente predomina, como criterio determinante de la analogía, la menor culpabilidad por el hecho, o el efecto compensador de la culpabilidad por el hecho de las que operan después de la comisión del delito [...]. El mal fáctico sufrido por el autor en la comisión del delito puede ser considerado atenuante, porque evidentemente tiene una significación análoga a las demás atenuantes [...]. El mal naturalmente sufrido por la comisión del delito ya implica una compensación (parcial) de la culpabilidad por el hecho

que se debe descontar para que la pena no sea un mal superior al causado por el autor». La consecuencia de este proceder interpretativo es la posibilidad de una atenuación analógica, incluso muy cualificada, en supuestos de pena natural, a pesar de que no exista semejanza morfológica respecto al catálogo de circunstancias atenuantes expresamente previstas en nuestra legislación.

No comparto la argumentación que defiende que el recurso a la atenuante de análoga significación del art. 21.7º CP. pueda ser la vía para canalizar los efectos de la *poena naturalis* sobre la —finalmente aplicable— *poena forensis* en nuestro sistema penal. Por más que la intención sea loable, la verdad es que la circunstancia del apartado séptimo del art. 21 CP. permite la atenuación de la sanción penal por «cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores», y el hecho cierto es que, en tanto no se produzca esa análoga significación, no podrá aplicarse una atenuación de pena forense apoyada en los efectos de una pena natural. No es posible ensalmar el art. 21.7º CP como pretendida solución ante estos supuestos acudiendo simplemente a la idea general de una culpabilidad disminuida o a una reducida necesidad de pena, pues son supuestos que, al no tener un referente o equivalente funcional entre los señalados en los apartados uno a seis del art. 21 CP, no pueden resultar de análoga significación (Manjón-Cabeza Olmeda, 2008: 1142). En lo que resta, cuando el Tribunal Supremo se refiere al «efecto compensador de la culpabilidad por el hecho» de las circunstancias que operan después de la comisión del delito, parece referirse no tanto a supuestos de *poena naturalis* como a supuestos de comportamientos postdelictivos positivos o de signo reparador (*v. gr.*, la reparación del daño o el desistimiento voluntario de la tentativa), que, como ya se ha explicado en un epígrafe anterior de este trabajo, bien pueden atenuar o hacer menos necesaria la pena en el caso que se trate, al contrario de lo que ocurre con los supuestos de pena natural, que en modo alguno podemos tildar de comportamientos postdelic-

tivos; se trata, efectivamente, de «sufrijimientos postdelictivos» en la figura del autor o de sus allegados, pero en ningún caso resultan equiparables a los tradicionalmente denominados comportamientos postdelictivos, de carácter positivo o compensador, que hacen al autor del delito «ganarse» una reducción o incluso una desaparición de la pena, por menor necesidad preventiva en aquélla.

Es cierto que podemos encontrar multitud de resoluciones del Alto Tribunal que apoyan la posibilidad de dar cabida a los supuestos de *poena naturalis* en nuestro sistema a través de la atenuante de análoga significación. En este sentido, el Tribunal Supremo ha superado su concepción inicial (a mi juicio, más conforme con el principio de legalidad penal) y ya no es necesario indagar en una similitud formal, morfológica, gramatical o descriptiva ni a la identidad de un significado externo, sino más bien a una semejanza de valor o de sentido, de tal modo que esa «análoga significación» se establezca a partir del sentido informador de todas las atenuantes consideradas en su conjunto, como un todo (STS 677/1999, de 29 de abril). La atenuante en cuestión se entiende aplicable sin la exigencia de una correspondencia absoluta con la que sirve de tipo, pues ello, según entiende el Supremo (STS 426/2005, de 6 de abril) sería lo mismo que hacer inoperante su aplicabilidad en la práctica. Según esta jurisprudencia, para la aplicación de la atenuante del art. 21.7º CP, es necesario constatar: 1) una menor culpabilidad fundamentada en que la conducta del sujeto tenga relación con las atenuantes específicas de que se trate y aparezcan probados hechos de análoga significación a los específicamente contemplados en el texto legal, contraste que debe efectuarse con cierta flexibilidad para evitar los inconvenientes de un sistema cerrado de circunstancias (STS 677/1999, de 29 de abril); y 2) que existan entre los supuestos legales (circunstancias primera a sexta del art. 21 CP) supuestos suficientes para su apreciación y se compruebe si existe una verdadera semejanza entre la circunstancia concurrente y la que se exige con carácter

específico, sin olvidar que los términos de dicha comparación no son morfológicos o estructurales, sino de fundamento y valor (SSTS 1110/1995, de 8 de noviembre; y 1050/1999, de 18 de octubre). En este sentido interpretativo, incluso, se señaló por la STS 426/2005, de 6 de abril, que no es preciso que la analogía se refiera a cualesquiera de las circunstancias expresamente señaladas en el art. 21 CP y que para apreciar esta atenuante de análoga significación basta que se constate la idea básica que inspira el sistema de circunstancias atenuantes, es decir, una menor entidad de injusto o culpabilidad en la conducta del autor del delito, un menor reproche a la misma o la utilidad de los fines de cooperar con la justicia desde una perspectiva político criminal.

Como ya avancé más arriba, no estoy conforme con esta línea interpretativa, como, por otra parte, ni siquiera lo está el propio Tribunal Supremo en algunas de sus resoluciones. Así, en su STS 1050/1999, de 18 de octubre, el Alto Tribunal subrayó el contrasentido de afirmar la exigencia de un determinado requisito incluido por el legislador entre los integrantes de una determinada circunstancia atenuante, configurada sobre la base de un conjunto de elementos constitutivos, y afirmar a la vez su irrelevancia jurídica por la vía de encuadrar la parcial concurrencia de los restantes en el ámbito de la atenuante por analogía, obteniendo por este procedimiento, y en todo caso, un efecto atenuador similar.

Entiendo, en fin, que no es posible apreciar atenuantes por analogía cuando faltan elementos esenciales de contraste o comparación: ello supondría crear atenuantes incompletas que la ley no ha previsto y sobrepasar, en según qué casos, el principio de legalidad (en este sentido: SSTS 1873/2002, de 15 de noviembre; y 22/2005, de 17 de enero, entre otras). Y ello por más que, *de facto* y en la práctica, el Tribunal Supremo esté asumiendo esta solución, que permite hoy atenuar la pena forense en supuestos de *poena naturalis* por la vía del art. 21.7º CP. Por lo demás, con el proceder interpretativo apuntado *supra* tampoco

se entendería por qué el legislador dio expresa cabida en el Código Penal a la nueva atenuante de dilaciones indebidas si ya podía ser perfectamente interpretada (como *de facto* lo era; véase el pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1999) y aplicada por la vía de la atenuación analógica. Por ello, considero que la *poena naturalis* no puede tener su reflejo en la *poena forensis* a través de la fórmula de la atenuación analógica prevista en el art. 21.7º de nuestro Código Penal. Más bien estaría conforme con una reforma del texto legal que, como ya ocurrió con el supuesto de las dilaciones indebidas, incluyera por el propio legislador los supuestos de pena natural (oportunamente delimitados, como se ve en los ordenamientos de otros países) entre el catálogo de circunstancias atenuantes del art. 21 CP. Sin embargo, a pesar de esta propuesta de *lege ferenda*, resta todavía dilucidar si, de *lege lata*, es posible dar cabida a la pena natural en nuestro sistema penal y reflejar sus efectos en la pena finalmente aplicable.

2.4. NO PERSEGUIBILIDAD DEL HECHO. REMISIÓN A OTRO LUGAR

Otra solución planteada por la doctrina científica pasa por afirmar la no perseguibilidad del hecho en supuestos (determinados) de pena natural. De esta forma, cuando se produjese un daño al propio sujeto activo del delito o de sus allegados derivado directamente de su proceder delictivo, se permitiría la no iniciación del proceso penal por existencia de una pena natural ya aplicada.

En palabras del autor ecuatoriano Yávar Umpiérrez, «habrá o no desproporción en querer aplicar una pena privativa de libertad a una abuela sorda que al no oír los gritos de su hija atropelló y mató a su propio nieto, cuyo remordimiento la acompañará sin duda hasta el día de su muerte; desde el momento en que dio fin a la vida de su nieto esa abuela cumple una cadena perpetua de recriminaciones endógenas y exógenas por parte de la familia. Querer continuar con el proceso penal en su contra signi-

ficaría no solo congelar la muerte de un nieto sino aumentar el dolor de esa familia con una abuela presa. Ante el caso planteado solo nos parece exagerada la reacción estatal punitiva en el caso concreto por las consecuencias para el autor, porque nadie se cuestiona —en forma general— la constitucionalidad de la sanción de un homicidio culposo ocasionado en la circulación vial» (Yávar Umpiérrez, 2013).

Pese a que esta pudiera ser una solución óptima (y no le falta razón al autor en sus palabras), la posibilidad de no persecución de un hecho delictivo solo es real si la propia ley lo permite. Ya vimos, al analizar los supuestos de atipicidad por insignificancia, que en numerosos sistemas latinoamericanos el legislador, en aplicación del principio de oportunidad procesal, permitía la no perseguibilidad del hecho en determinados supuestos de pena natural (siempre que se cumpliesen ciertos requisitos, como el de la imprudencia, o el de un límite máximo penológico de aplicación). En definitiva: establecía condiciones objetivas de no perseguibilidad para estos casos. Me remito a aquel lugar de la investigación para su contraste. Baste en este instante con señalar que en nuestro Derecho positivo no existe soporte legal para no perseguir supuestos de pena natural. Por el contrario, hay supuestos de insignificancia, tal y como señala el ya analizado art. 963.1 LE-CRIM: «Recibido el atestado conforme a lo previsto en el artículo anterior, si el juez estima procedente la incoación del juicio, adoptará alguna de las siguientes resoluciones: 1.ª Acordará el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando lo solicite el Ministerio Fiscal a la vista de las siguientes circunstancias: a) El delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor, y b) no exista un interés público relevante en la persecución del hecho. En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado [...]». Esta disposición, por las

razones que ya expuse *supra*, no resulta extrapolable en modo alguno a los supuestos aquí estudiados de *poena naturalis*.

Por ello, no me parece una vía útil para dar solución al problema que aquí me estoy planteando: el de reflejar la existencia de una *poena naturalis* en la pena forense aplicable. Como señala Manjón-Cabeza Olmeda (2008: 1146), «la opción procesal por la no persecución podría inscribirse en una reforma de más amplio alcance tendente a la incorporación del principio de oportunidad junto con el de obligatoriedad, lo que [...] debería hacerse como oportunidad reglada (definición del ámbito, límites y requisitos) y con control judicial».

2.5. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA: GRAVEDAD DEL HECHO Y CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DEL AUTOR. A SU VEZ, UN ESTUDIO SOBRE EL ART. 66.1.6º CP

En su sentencia de 9 de octubre de 2002, el Tribunal Supremo entendió que la pena natural no era más que una circunstancia del hecho punible y del autor, que podía ser tenida en cuenta en el momento de imponer la correspondiente pena dentro de los márgenes mínimo y máximo de penalidad previstos por el Código Penal para el delito en cuestión: «Si la culpabilidad debe ser la medida de la pena, en la medida que esta debe compensar aquella, cuando se han derivado perjuicios concretos, o se han asumido riesgos serios para la salud como ocurre en los supuestos de los correos de la droga que utilizan su cuerpo, procede atemperar la pena a la realidad de esa situación».

La última de las soluciones para reflejar la *poena naturalis* en la *poena forensis* pasa por acudir, como hizo el Tribunal Supremo en la sentencia citada, a la fórmula de individualización de la pena prevista en el art. 66.1.6º CP: «Cuando no concurran atenuantes ni agravantes [los tribunales] aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la

extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho». Este precepto, introducido por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, constituye una regla *open ended clause* sumamente abierta que permite al juez o tribunal actuar con cierta discrecionalidad. Más allá de ello, puede ser, de *lege data*, la única solución posible para tener en cuenta en la pena forense los supuestos de pena natural sufridos por el sujeto activo del delito en cuestión. Para ello, no obstante, creo procedente acudir al estudio de este extremo normativo.

El art. 66.1.6º CP contiene una previsión penológica de recorrido de toda la extensión de la pena, desde su límite mínimo y hasta su límite máximo. Nos encontramos ante lo que se ha denominado «discrecionalidad máxima» del juzgador a la hora de valorar el supuesto en cuestión y asignarle una pena determinada, pues la regla de este precepto no está sujeta a otro control de superior prevalencia que el que la propia conciencia imponga, y es diferente a aquellas otras discreciones que, en el juego de apreciaciones subjetivas diferentes según circunstancias fácticas o propósitos de intenciones, comportan auténticos juicios de valor sometidos a trámite casacional, sin que en modo alguno, no obstante, deba confundirse esa discrecionalidad con una arbitrariedad o con la no explicación de las resoluciones judiciales o del porqué de una determinada decisión; empero, cuando aquellas funciones discrecionales (cuasi absolutas, como digo) sobrepasen los condicionamientos a que están sometidas, procederá la casación si en la resolución se pone de manifiesto de forma incuestionable una equivocación o error valorativo sufrido por el sujeto juzgado, infringiéndose con ello la legalidad con quebranto de las garantías dispuestas en este precepto (STS 1070/2004, de 24 de septiembre).

En el precepto analizado se pueden encontrar dos extremos diferenciados:

Por un lado, el de la *gravedad del hecho*. La jurisprudencia ha entendido que esto no es lo

mismo que la gravedad del delito, que ya ha debido ser tenida en cuenta por el legislador en el momento de establecer la banda cuantitativa de pena que atribuye a ese hecho delictivo determinado. Por el contrario, el precepto aquí se está refiriendo a todas aquellas circunstancias fácticas que el juzgador debe valorar para determinar la pena, que resulten concomitantes al supuesto de hecho que se juzga. Estos elementos pueden ser de todo orden; se establece así el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer (STS 1348/2004, de 25 de noviembre). Por ejemplo, dentro de la *gravedad del hecho* son valorables supuestos de dolo directo o eventual, el prevalimiento por parte del autor de una inferioridad física o psíquica de la víctima, la trascendencia social del ataque al bien jurídico protegido, la desconfianza que la comisión del delito pueda generar en una determinada población, las características del lugar y tiempo en que se cometió el hecho delictivo o la relación existente entre las partes, entre otras.

Por otro lado, el criterio de las *circunstancias personales del delincuente*. Se trata de todos aquellos rasgos propios de la personalidad del sujeto que, aunque no constituyen circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (por ejemplo, atenuantes), tienen repercusión en el momento de determinar la pena forense concreta (STS 1099/2004, de 7 de octubre). La jurisprudencia valora, en este sentido, los comportamientos postdelictivos del delincuente, sus circunstancias sentimentales y laborales, la existencia de algún antecedente que no configure reincidencia en sentido estricto de la agravante, el hecho de haber sido detenido o no con anterioridad por algún delito, los informes relativos a la salud mental del sujeto que, sin que supongan una disminución de su responsabilidad criminal, implican circunstancias personales apreciables al albur de esta norma, la especial peligrosidad (o no) del sujeto, etc. En general, pues, se trata de circunstancias o situaciones, datos o elementos, que configuran el entorno social y componente individual del sujeto, su edad, grado de for-

mación intelectual y cultural, madurez psicológica, entorno familiar y social... Siempre sin llegar a constituir circunstancias modificativas de su responsabilidad penal (STS 1661/2000, de 27 de noviembre).

Ambas circunstancias deber ser objeto de motivación en la resolución judicial que se adopte. Aunque el legislador derogó en el art. 66.1.6º CP. la exigencia de «motivación» (*razonándolo en sentencia*, decía el antiguo 66.4º), ello no excluye en modo alguno la necesidad de continuar motivando en sentencia la individualización de la pena conforme a estos parámetros, si bien se admite que dicha motivación pueda no ser expresa y deducirse del conjunto de la resolución. Lo relevante es que en la sentencia consten las circunstancias personales del delincuente y la menor o mayor gravedad del hecho que justifiquen la imposición de la pena en un *quantum* determinado (STS 671/2004, de 19 de mayo). Ello es así no solo por interpretación garantista de nuestra jurisprudencia, sino en atención al art. 72 CP: «Los jueces o tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta».

Los jueces son soberanos para imponer la pena concreta dentro de la horquilla legal contemplada y según su prudente discrecionalidad. Deben señalar la pena forense definitiva teniendo en cuenta tales circunstancias y sin perder de vista el principio de proporcionalidad, actuando de manera ponderada mediante la puesta en relación de las características de la infracción y del autor con el oportuno castigo correspondiente (STS 1167/2004, de 22 de octubre). Es un juicio de proporcionalidad que corresponde primero al legislador, que señala en la ley los límites mínimo y máximo de la pena, y luego al juzgador que concreta e individualiza la pena aplicable. Como ha señalado la sentencia del Alto Tribunal 1070/2004, de 24 de septiembre, la legalidad marca siempre la tipicidad del hecho delictivo y su pena, pero esta racionalmente debe venir fijada por el legislador dentro de unos límites determinados,

más o menos amplios, en el interior de los cuales el «justo equilibrio de ponderación judicial» actuará como fiel calificador de los hechos, jurídica y sociológicamente.

Según alcanzo, la pena debe ser siempre entendida como un *mal*. Y según entiendo, no hay problema para que ese mal se traduzca en un binomio compuesto por dos males: por un lado, un mal que inflige el Estado al sujeto autor de un delito; por otro, el mal (posible) sufrido por el autor del delito como consecuencia directa de su comisión. El mal que se inflige por el Estado consiste en privar al sujeto de determinados derechos fundamentales y, en un plano destacable, del derecho a la libertad personal. El mal que sufre el autor a consecuencia de su conducta consiste en los daños que se derivan directamente de las circunstancias propias que rodean la actuación del responsable (Redondo Hermida, 2009: 73 ss.). Siendo esto así, en principio nada impide tener en cuenta ese mal a la hora de valorar la «gravedad del hecho» y, en su caso, «las circunstancias personales del delincuente» a las que se refiere el artículo 66 de nuestro Código Penal como *poena naturalis*. Son postulados tan abiertos que, pienso, no impiden valorar en su seno supuestos de pena natural para atemperar la sanción penal dentro del límite legal que se señale para el determinado delito.

En palabras de Manjón-Cabeza Olmeda, «hoy por hoy, no existe en nuestro ordenamiento ningún mecanismo, penal o procesal específico, que permita dar entrada a la pena natural, más allá de tenerla en cuenta en las “circunstancias personales del autor”, que sirven para la individualización final de la pena, o de utilizarla para fundamentar una petición de indulto parcial o total [...] Estas circunstancias personales no se vinculan necesariamente al delito, pueden aparecer después del mismo y ser de lo más variado, llevándonos a la pena mínima por razones personales [...] La mayor o menor gravedad del hecho y las circunstancias personales del delincuente, no son atenuantes o agravantes, no son circunstancias modificativas de la responsabilidad como las

contenidas en los arts. 21, 22 y 23, sino que son unos variados criterios de otra naturaleza y no constituyen un catálogo cerrado al que se anuden rígidas consecuencias». Seguidamente, la autora añade: «Todo lo anterior permite decir que, en el momento actual, la única incidencia que puede tener la pena natural es aquella que cabe a través de las circunstancias personales del reo, al determinarse la cantidad concreta de pena a aplicar, o mediante la solicitud de indulto total o parcial» (Manjón-Cabeza Olmeda, 2008: 1143).

Como ha interpretado la jurisprudencia, el art. 66.1.6º CP tiene como trasfondo el principio de proporcionalidad. La pena debe respetar el postulado de proporcionalidad, básico en nuestro Derecho penal. El principio de proporcionalidad inspira nuestro *ius puniedi* y lo dota de contenido. En principio, corresponde al legislador penal delimitar el marco abstracto de pena imponible ante un determinado tipo penal, con una multiplicidad de criterios político-criminales que debe tener en cuenta, debiendo ser su actuación respetuosa con la dignidad de la persona y no sobrepasando la línea roja de la arbitrariedad. Para ello existe un control constitucional de la actuación del legislador, tal y como ha expresado la Sentencia del Tribunal Constitucional 150/1991, que sostiene textualmente: «El juicio sobre la proporcionalidad de la pena, tanto en lo que se refiere a la previsión general en relación con los hechos punibles como a su determinación en concreto en atención a los criterios y reglas que se estimen pertinentes, es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal, siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella». Ahora bien, corresponde a los jueces y tribunales adaptar la norma penal al concreto supuesto fáctico que se les presente. De ahí la importancia de la fórmula prevista en el art. 66.1.6º CP. Los postulados del principio de legalidad penal no permiten la atenuación o anulación de la

pena forense aplicable en supuestos de pena natural. No es posible atenuar en abstracto la sanción penal aplicable si la ley no permite arbitrar dicha actuación por nuestros tribunales (Redondo Hermida, 2009: 73 ss.). Sin embargo, sí permite, en virtud del mencionado artículo, tener en cuenta las circunstancias del hecho y del delincuente para fijar la pena forense definitiva. Y entre esas circunstancias se encuentran los supuestos de daños directamente derivados del proceder delictivo, esto es, de pena natural.

Si asumimos la idea de que, según se desprende del principio de culpabilidad, la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad del autor (axioma tradicionalmente asumido por nuestra doctrina desde que Roxin tomase este único aspecto de la teoría retributiva de la pena, como ya adelanté *supra* en este trabajo), entonces el mal fáctico o natural sufrido por el autor del delito deberá descontarse del mal jurídico que representa la pena. El mal, por tanto, sea natural (*poena naturalis*) o jurídico (*poena forensis*), que debe soportar el autor del delito no podrá ser nunca superior al mal causado por él. En el resto de casos, habrá de tenerse en cuenta ese mal natural para reflejarlo en la pena forense finalmente aplicable.

Como ha expresado Redondo Hermida (2009: 73 ss.), «ciertamente, no existe en nuestro ordenamiento positivo vigente una expresa regulación del efecto compensador de la “poena naturalis” en la dosimetría de la reacción punitiva frente al delito con daños para su autor, pero ello sin duda no puede impedir que [...] se atempera la reacción estatal con base en el principio de proporcionalidad y con arreglo a los postulados de justicia». Esto no implica, a mi juicio, acudir a soluciones como la atipicidad por insignificancia, innecesariedad de pena, atenuaciones por efectos discutiblemente análogos a los expresamente contemplados en el Código Penal o cuestiones de no perseguibilidad inexistentes en nuestro sistema. Ello supondría optar por un ejercicio, más que de interpretación, de imaginación o creación del Derecho al margen de los cauces legales previs-

tos que vulneraría de forma flagrante el principio de legalidad.

Si tan seguros estamos de que la *poena naturalis* debe tener un mayor peso en nuestra legislación, hasta el punto de que, contrariamente, podría conculcarse el principio de culpabilidad, humanidad o proporcionalidad de las penas, entonces solicitemos abiertamente, de *lege ferenda*, una fórmula a la alemana o a la austriaca, o de propia configuración. Si, por el contrario, pensamos que la *poena naturalis* debe tener ya cierto reflejo (limitado) en la pena forense aplicable, entonces indagemos soluciones válidas de acuerdo con nuestro sistema penal. Y la única solución válida que alcanzo a vislumbrar de *lege lat*, pasa por acudir a la fórmula (vaga y abierta, sí) del art. 66.1.6º CP, aún con las reservas que expondré en el último apartado de este trabajo.

3. UNA PROPUESTA DE LEGE FERENDA: LA INCORPORACIÓN DE SUPUESTOS DE POENA NATURALIS A NUESTRO CÓDIGO PENAL

Tal y como señalé en el epígrafe anterior, la única solución válida que de *lege lata* me resulta admisible para reflejar supuestos de pena natural en la pena forense pasa por la aplicación de la regla dispuesta en el art. 66.1.6º CP, que apunta a la gravedad del hecho y —en un plano destacable— a las circunstancias del autor para graduar la concreta pena aplicable.

Sin embargo, siendo esta la única «solución» que contempla nuestro Derecho positivo ante tales casos, debe señalarse que la vía del art. 66.1.6º no resulta en modo alguno satisfactoria para resolver el problema que nos planteamos. Si opta por esta solución, el juez siempre estará limitado a imponer una pena determinada dentro de los márgenes mínimo y máximo señalados por la ley, y aunque tenga abierta la posibilidad de imponer el mínimo le-

gal que esa ley le permite, nunca podrá reducir esa pena o atenuarla más allá de ese mínimo, lo que en muchas ocasiones impedirá solventar la tensión con el principio de proporcionalidad y, en su caso, de humanidad de las penas, siendo finalmente el *quantum* de la pena (forense y natural) superior a la culpabilidad del autor. En estos casos, es evidente que el recurso a la norma del art. 66.1.6º CP deviene insuficiente para solucionar el problema que nos venimos planteando.

Para Manjón-Cabeza Olmeda (2008: 1146), «admitiendo la conveniencia de dar en Derecho español un tratamiento penal o procesal propio al sufrimiento postdelictual que padece el autor como consecuencia de su delito, sería necesario definir la institución en el CP como caso de renuncia a la pena o atenuante específica incardinada en la punibilidad y delimitar su ámbito de aplicación, límites y requisitos». Tiene razón la autora cuando entiende que cualquiera de estas dos soluciones, material o procesal, requieren de un intenso ejercicio de meditación y discusión sobre ciertos extremos: la aplicación de la regla a delitos imprudentes o también dolosos, los sufrimientos previsibles o imprevisibles, los daños en la propia persona o también de sus

allegados, la inclusión de ciertos delitos y no otros, la exigencia o no de reparación, el papel de la víctima, etc.

Aunque estoy de acuerdo con la necesidad de proporcionar un estatuto legal a este tipo de casos, creo preferible un cambio en lo que se refiere a nuestro Derecho penal material, sobre todo atendiendo a la fundamentación que explica estos supuestos. Por ello, pienso que procede exhortar al legislador a una reforma en el sentido de incluir entre el catálogo de atenuantes específicas de nuestro Código Penal los casos de *poena naturalis*. Como señala la última autora citada, tal configuración legal pasará por acotar al máximo dicha atenuante, señalando a qué casos resultará aplicable la norma y estableciendo límites cuantitativos y/o cualitativos a la misma. Desde una propuesta apoyada en la legislación austriaca y alemana al respecto (§34 y §60 de sus códigos penales, respectivamente), la circunstancia atenuante pudiera quedar contemplada de la siguiente manera entre el catálogo de las previstas en el art. 21 de nuestro Código Penal: «La de haber sufrido el autor o persona íntimamente ligada a él un daño físico o psíquico de gravedad como consecuencia directa del hecho delictivo cometido por el primero».

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael (2001): «La reparación en Derecho Penal y la atenuante del artículo 23.5º CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación», *Revista del Poder Judicial*, 63, 71-120.
- BACIGALUPO, Enrique (1998): «Principio de culpabilidad, carácter del autor y *poena naturalis* en el Derecho Penal actual», *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología*, Nueva Serie, 2, 141-164.
- (1999) «Principio de culpabilidad e individualización de la pena», en VV. AA., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor Dr. D. Ángel Torío López*, Granada: Comares, 33-48.
- BUSTOS RUBIO, Miguel (2015): «Más allá del injusto culpable: los presupuestos de la punibilidad», *Estudios Penales y Criminológicos*, 35, 189-238.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio (1996): «La pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad», *La Ley*, 4168, 1514-1524.
- (1999) «La pena natural», *La Ley*, 4797, 1910-1916.
- (2002) «La pena natural y sus efectos sobre la culpabilidad del autor. Reflexiones acerca de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2002», *Actualidad Penal*, 46, 1221-1238.
- FLÁVIO GOMES, Luis (2006): «Infracciones de bagatela y principio de insignificancia», en F. Bueno Arús, H. Kury, L. Rodríguez Ramos y E. R. Zaffaroni (dirs.); J. L. Guzmán Dálbora y E. Serrano Maíllo (eds.), *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Madrid: Dykinson, 753-765.

- GARCÍA PÉREZ, Octavio (1997): *La punibilidad en el Derecho Penal*, Cizur Menor: Aranzadi.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (2009): *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Madrid: Tecnos.
- GÓMEZ PAVÓN, Pilar y Miguel BUSTOS RUBIO (2014): «Principio de legalidad y criterio gramatical como límite a la interpretación de la norma penal», *Revista Penal México*, 6, 169-190.
- GÓMEZ RIVERO, María del Carmen (coord.) (2010): *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte general*, Madrid: Tecnos.
- GORDILLO SANTANA, Luis (2007): *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Madrid: Iustel.
- JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND (2002): *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Granada: Comares.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (1995): «Causas de atipicidad y causas de justificación», en D. M. Luzón Peña y S. Mir Puig (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, Cizur Menor: Aranzadi, 21-44.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli (2008): «La *poena naturalis* en el Derecho penal vigente», en C. García Valdés, A. Cuerda Riezu, M. Martínez Escamilla, R. Alcácer Guirao, y M. Valle Mariscal de Gante (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Madrid: Edisofer, 1121-1148.
- MENDES de CARVALHO, Erika (2007): *Punibilidad y delito*, Madrid: Reus.
- NAVARRO MASSIP, Jorge (2011): «La adecuación social y el principio de insignificancia como causas de exclusión de la tipicidad en relación al principio de intervención mínima», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 8, 49-62.
- OCTAVIO de TOLEDO y UBIETO, Emilio (1981): *Sobre el concepto del Derecho penal*, Madrid: Sección de Publicaciones Universidad de Madrid.
- PEDREIRA GONZÁLEZ, Félix María (2010): «La punibilidad», en G. Quintero Olivares, J. C. Carbonell Mateu, F. Morales Prats, N. García Rivas y F. J. Álvarez García, (dirs.); A. Manjón-Cabeza Olmeda y A. Ventura Püschel (coords.), *Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena*. Tomo XIX, Valencia: Tirant lo Blanch, 163-166.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel (2005): «El valor de la dogmática en el Derecho penal», en AA. VV., *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra: Thomsom Civitas, 837-852.
- REDONDO HERMIDA, Álvaro (2009): «La “pena natural” en la jurisprudencia penal española», *La Ley Penal*, 61, 4.
- ROXIN, Claus (2003): *Derecho penal parte general, tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid: Civitas.
- RUSCONI, Maximiliano (1992): *Los límites del tipo penal. Un análisis de la tipicidad conglobante*, Buenos Aires: Ad Hoc.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, (2010): *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Buenos Aires: B de F.
- (2014) «¿Puede considerarse el remordimiento una “poena naturalis”?», *InDret Penal*.
- YÁVAR UMPIÉRREZ, Fernando (2013): «La pena natural», *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Guayaquil* [en línea], <www.revistajuridicaonline.com>. [Consulta: 23/02/2016.]
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR (2005): *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires: Ediar.