

De nuevo, el perdón

-I-

Los acontecimientos producidos en España en los últimos días van a obligar, a buen seguro, a una reapertura de la eterna cuestión del perdón en Derecho penal. Al respecto, adelanto mi postura. Frente a lo que sostuvieron en su día algunos conspicuos ilustrados¹ y siguen afirmando hoy –desde perspectivas radicalmente distintas– los partidarios de una justicia humana infinita², creo que el sistema del Derecho penal no puede renunciar, como último recurso, a la institución del perdón.

Es cierto que desde una perspectiva de *control social* (prevención general negativa, prevención especial positiva y negativa) parece no existir razón alguna para pensar que la institucionalización del perdón puede contribuir a hacer más eficaz al Derecho penal. Por otro lado, desde una perspectiva estrictamente retributiva cabría afirmar ciertamente que, si las leyes penales son justas, el perdón no puede desempeñar ningún papel en el sistema. Pues el perdón (tanto el total como el parcial) anula el castigo merecido. Y precisamente el modelo retributivo atribuye una importancia decisiva a la imposición al delincuente de una medida de pena que se corresponda en términos –al menos– ordinales con la medida concreta de su culpabilidad en relación con la de otros hechos. Parece, pues, que en el caso de las leyes justas el perdón es incompatible con “hacer justicia”³. Ahora bien, si las leyes son injustas, entonces de lo que se trata es de modificarlas, no de servirse del perdón para corregir su alcance en algunos casos, perpetuando la injusticia de modo general⁴.

-II-

Las cosas se pueden ver de modo distinto si, dentro de las concepciones del castigo merecido, se efectúa una distinción. Esta es la que propone desde hace algún tiempo Paul H. ROBINSON, al diferenciar entre un “deontological desert” y un “empirical desert”. El primero determina la medida del castigo justo (= merecido) desde la perspectiva de análisis de la filosofía moral. El segundo, en cambio, lo determina a partir del análisis de las intuiciones de justicia compartidas por la comunidad que tiene que ser vinculada por el Derecho⁵. Como señala el propio ROBINSON, “The empirical conception of desert (...) is not “true” justice, but only the community” s conception of justice”⁶. La concepción de ROBINSON, más allá de la terminología y de la lengua inglesa, no es nueva. Muy al contrario, su “empirical desert” resulta ampliamente coincidente

¹ Cfr. las referencias en SILVA SÁNCHEZ, *InDret Penal*, (1), 2009.

² Lo que, por cierto, resulta una *contradictio in terminis*. Cfr. sobre ello SILVA SÁNCHEZ, *Pace L. Rev.*, (28), 2008, pp. 865 ss.

³ MURPHY, *Social Philosophy & Policy*, (4-1), 1986; vid. también MURPHY/HAMPTON, *Forgiveness and Mercy*, 1988.

⁴ Cfr., de todos modos, la argumentación sosteniendo un “derecho a la gracia” (frente al “derecho de gracia”) en estos casos que lleva a cabo CAMPAGNA, *JRE*, (11), 2003, pp. 373 ss.

⁵ Cfr. ROBINSON, *Wm. & Mary L. Rev.*, (48), 2007, pp. 1831 y ss.; ROBINSON/DARLEY, *S. Cal. L. Rev.*, (81), 2007; ROBINSON, *Oxford University Press*, 2008; ROBINSON, *The Cambridge Law Journal*, (67), 2008, pp. 147 ss.

⁶ ROBINSON, *Mercy, Crime Control & Moral Credibility*, University of Pennsylvania Law School. Public Law and Legal Theory Research Paper Series, (10-32), p. 9 (<http://papers.ssrn.com/abstract=1685221>)

con la doctrina que conocemos como prevención general positiva (*positive Generalprävention*). En particular, con aquellas variantes de ésta que se mueven a caballo de sus concepciones ético-sociales y sociológicas.

Lo importante es que, mientras que entre nosotros se ha solido indicar que la doctrina de la prevención general positiva no es susceptible de contrastación empírica, ROBINSON lleva algunos años realizando precisamente estudios empíricos sobre el particular. En lo que aquí interesa, sus estudios empíricos sobre las intuiciones de los legos en Derecho dan a entender que, a la hora de asignar castigo, éstos muestran claras inclinaciones hacia el ejercicio del perdón. Así, sin considerar que ello deba afectar a la culpabilidad del delincuente, entienden sin embargo que la medida de su castigo debería ser reducida.

Si sucesivas investigaciones sobre tales intuiciones compartidas acerca del perdón como elemento de un castigo adecuado (*proper punishment*) llegaran a resultados similares, entonces podría llegar a sostenerse que es la prevención general positiva la que avala una institucionalización –en medida por determinar– del perdón como excepción a la justicia entendida como *deontological desert*.

-III-

De todos modos, aun cuando la prevención general positiva sea seguramente el fundamento del perdón en Derecho penal, sigue siendo preciso determinar cuáles habrían de ser sus presupuestos. En este plano, deberían quedar claras algunas cosas. En primer lugar, que - como hace una década indicara JUAN PABLO II- si bien el perdón podría parecer una debilidad, en realidad requiere, tanto para concederlo como para aceptarlo, una gran fuerza espiritual y valentía moral: para concederlo, porque la víctima ha de hacer el esfuerzo de engrandecer su debilidad; para aceptarlo, porque el delincuente ha de hacer el esfuerzo opuesto, esto es, el de empequeñecer su dominación. En segundo lugar, que el perdón ciertamente “no es justo, porque la justicia es „dar a cada uno lo suyo”. Pertenece a un orden y a un mundo distintos del mundo conmutativo de la justicia, eso sí, siempre que sea incondicionado”⁷. Y, en tercer lugar, que el perdón presupone, desde luego, el reconocimiento de la propia culpabilidad por parte del delincuente. Como se ha dicho: “Sólo cuando se ha reconocido la deuda, es decir, cuando es incuestionable el derecho al castigo, aparece la mera posibilidad del perdón”⁸. Ese reconocimiento lleva ya en sí, a mi juicio, la expiación mínima necesaria que, para el perdón, requiere RATZINGER: “La moral conserva su seriedad sólo si existe el perdón, un perdón real, eficaz; de lo contrario, es sólo una pura potencialidad. Pero el verdadero perdón existe sólo si existe el „precio de la compra, el „equivalente en el cambio, si la culpa fue expiada, si existe la expiación. La circularidad que existe entre “moral- perdón-expiación” no se puede fragmentar; si

⁷ VALCÁRCEL, *La memoria y el perdón*, 2010, p. 58.

⁸ VALCÁRCEL, *La memoria y el perdón*, 2010, p. 56. También, por ejemplo, LEWIS, «The Humanitarian Theory of Punishment», *20th Century: An Australian Quarterly review*, III, (3), 1949, pp. 5 ss. (asimismo en *God in the Dock: Essays on Theology and Ethics*, 1994, pp. 287 ss.): “The essential act of Mercy was to pardon; and pardon in its very essence involves the recognition of guilt and ill-desert in the recipient. If crime is only a disease which needs cure, not sin which deserves punishment, it cannot be pardoned”.

falta un elemento, desaparece el resto”⁹.

Ahora bien ¿puede requerir el perdón además un acto adicional previo de arrepentimiento? ¿y, con él, una previa petición expresa? Seguramente no haya que llegar tan lejos. Como tampoco cabría probablemente pedir del sujeto pasivo un perdón “puro”, si se entiende por tal únicamente el incondicionado¹⁰.

En un escenario de perdón “impuro”¹¹, en el que mediante éste se busque algo, aunque sólo sea el arrepentimiento del criminal, la reconciliación con él, el atraerlo al mundo de las víctimas, podría darse una dialéctica peculiar. Una dialéctica que generaría un círculo virtuoso en el que el arrepentimiento pudiera contar, al menos, con la esperanza del perdón; y, viceversa, el perdón contara con la esperanza del arrepentimiento. Pero, en esa dialéctica, alguien tendrá que dar el primer paso.

Jesús-María Silva Sánchez

⁹ RATZINGER, *Ser cristiano en la era neopagana*, 1995, p. 25.

¹⁰ VALCÁRCEL, *La memoria y el perdón*, 2010, p. 97, citando a Derrida.

¹¹ Así lo llama VALCÁRCEL, *La memoria y el perdón*, 2010, p. 108, citando a Arendt.