
Perdonar

En tiempos de populismo punitivo y de búsqueda compulsiva de una seguridad cognitiva, puede parecer absurdo aludir, en un contexto de Derecho penal, al perdón como acto gratuito (gracia) que no pretende la obtención de fines instrumentales jurídicos, sociales o políticos¹. De hecho, no es fácil encontrar el perdón, así concebido, en los ordenamientos jurídicos. En el caso español, ello se manifiesta, por ejemplo, en el tenor del art. 11 de la Ley de 18 de junio de 1870 que establece las reglas vigentes en nuestro país para el ejercicio de la gracia de indulto. Según éste, *“el indulto total se otorgará a los penados tan sólo en el caso de existir a su favor razones de justicia, equidad o utilidad pública, a juicio del Tribunal sentenciador”*. El perdón que se manifiesta en el indulto tiene, pues, dos posibles fundamentaciones: o se entiende como reparación de una injusticia², o se sostiene sobre la base de razones de utilidad.

La primera fundamentación del perdón a través del indulto se manifiesta con claridad en el art. 4.3 del Código penal vigente en España, según el cual -sorprendentemente, por cierto- el Juez o Tribunal *“...acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo”*. Es decir, que en el marco de esta primera fundamentación del indulto, éste parece expresar la constatación de una ausencia de responsabilidad y en él se pone de relieve la finalidad de corregir leyes injustas³.

¹ Lo que constituye el origen de la idea de “gracia”, como pone de relieve RADBRUCH, *Gerechtigkeit und Gnade, en su Gesamtausgabe. Rechtsphilosophie*, III, Heidelberg 1990, pp. 259 y ss., 263.

² Del ejercicio de la “gracia” se afirma que constituya una vía de legitimación adicional y externa que se suma a las demás (internas). Se la califica como válvula de seguridad que permite afrontar de modo rápido y efectivo crisis de legitimación del sistema del Derecho penal en cuanto a la imposición de la pena, sin que sea necesaria una reforma de aquél. Alguno ha aludido a que las medidas de gracia constituyen una contrarreforma del Derecho penal. Cfr., de modo general, sobre los diversos aspectos del problema, DIMOULIS, *Die Gnade als Symbol*, KritV (3), 1998, pp. 354 y ss., 367-368. En realidad, sin embargo, debe repararse en que la gracia no le corresponde al poder judicial, sino al Jefe del Estado. Con un sistema flexible de imputación habría de ser posible que en el poder judicial se resolvieran estas cuestiones. Incluida la falta de oportunidad política de la sanción, que debería quedar en el ámbito sistemático de la punibilidad.

³ Esta fundamentación, no infrecuente, del recurso al perdón es la que determinó que BECCARIA, *Tratado de los delitos y de las penas* (trad. de las Casas), Madrid 1774, le dirigiera palabras muy duras. Así: *“A medida que las penas son mas dulces, la clemencia y el perdón son menos necesarios. ¡ Dichosa aquella Nación en que fuesen funestos! Esta clemencia, esta virtud, que ha sido alguna vez en un Soberano el suplemento de todas las obligaciones del trono, debería ser excluida en una perfecta Legislación, donde las penas fuesen suaves, y el método de juzgar arreglado y corriente”* (p. 250); o bien: *“Sean, pues, inexorables las Leyes, é inexorables sus executores en los casos particulares; pero sea suave, indulgente y humano el Legislador”* (p. 252-253).

La segunda fundamentación del indulto -la utilidad- es seguramente la que mejor expresa hasta qué punto la renuncia a castigar en Derecho penal puede no ser un perdón en sentido estricto. Pues, al vincularse directamente a consideraciones de utilidad pública, se distancia radicalmente de la idea de algo gratuito.

Por lo demás, es verdad que el perdón, entendido como renuncia a la imposición de castigos merecidos, tiene su expresión fundamental en Derecho penal en cláusulas legales, de modo que en él se manifiesta un “perdón” del legislador muy distante de la gracia del soberano dirigida a persona o personas individuales. Pero este perdón está, a su vez, regido por consideraciones instrumentales, con lo que también resulta muy lejano de la idea de “gracia”.

A pesar de todo ello, quizá convendría recordar que, como ya indicaba *von Bar*,

“El injusto podría posiblemente eliminarse del mundo de una forma absolutamente distinta de lo que llamamos pena, por ejemplo, perdonándolo y haciendo bien a quien obró mal”⁴.

Sin duda, es cierto que *“el perdón absoluto, sin que la desaprobación del acto malo haya tenido alguna expresión real -aunque sólo sea la privación de la confianza previamente existente- aplicado como máxima general eliminaría la moral: pues no indicaría otra cosa que el que la conducta contraria a la moral no afecta al valor de su causante”⁵*. Precisamente por ello resulta importante distinguir entre el reproche comunicativo dirigido al autor del delito y la posterior causación de dolor a éste⁶.

Ahora bien, un perdón solicitado y concedido, aun cuando fuera gratuito, manifestaría *eo ipso* el hecho injusto y la responsabilidad por éste al tiempo de eliminarlos. Se podría afirmar, entonces, que cumple la misma función que la pena, de modo que podrían ser perfectamente intercambiables. No en vano, en su Fenomenología del Espíritu, pudo señalar *Hegel* que el perdón constituye *la máxima expresión del reconocimiento recíproco*⁷.

Jesús-María Silva Sánchez

⁴ VON BAR, *Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien*, Berlin 1882 (reimpr. Aalen 1992), p. 312.

⁵ *Ibidem*, p. 316.

⁶ *“...incluso en el perdón más completo, en el sentido de que el autor no sufra como consecuencia de su hecho el menor mal especialmente pretendido, permanecería siempre sobre su carácter como consecuencia del acto malo una sombra que, cuando pretendiera la plena comunidad con nosotros, contendría una desventaja que, aunque quisiéramos, no estaríamos en condiciones de anular sin más”*: *Ibidem*, p. 317.

⁷ *“Höchste Stufe der wechselseitigen Anerkennung”*: Citado apud SEELMANN, «Ebenen der Zurechnung», en KAUFMANN/RENZIKOWSKI, *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, Frankfurt 2004, pp. 85 y ss., 91.