

Gracia y justicia: el lugar de la clemencia (En torno a la pena natural)

Alfonso Ruiz Miguel

Universidad Autónoma de Madrid

Abstract

El estudio analiza la relación entre el derecho de gracia y la clemencia, entendida esta última estrictamente como compasión. Tras observar el reducido espacio que tal forma de clemencia tiende a tener en los sistemas penales actuales, el estudio examina extensamente la pena natural como caso disputado de clemencia. El estudio concluye analizando las complejas relaciones entre clemencia e igualdad.

Der vorliegende Beitrag untersucht die Beziehung zwischen Gnadenrecht und Milde, wobei letztere streng als Erbarmen verstanden wird. Nach Feststellung des beschränkten Raumes, der üblicherweise dieser Form von Milde in den heutigen Strafrechtssystemen gewährt wird, wird die streitige Einordnung der Institution der poena naturalis als Fall der Milde einer eingehend erörtert. Schliesslich thematisiert der Beitrag die komplexe Wechselbeziehung zwischen Milde und Gleichheit.

This essay deals with the relationship between mercy and clemency, the latter strictly understood as compassion. After establishing the limited role of such a form of clemency in the current criminal systems, the essay thoroughly examines the natural punishment (poena naturalis) as a disputed case of clemency. The study concludes analyzing the complex relationships between clemency and equality.

Titel: Gnade und Gerechtigkeit: der Raum der Milde (zur Poena naturalis).

Title: Grace and Justice: the place of clemency

Palabras clave: Gracia, Justicia, clemencia, compasión, pena natural.

Stichwörter: Gnade, Gerechtigkeit, Milde, Mitleid, Poena naturalis.

Key words: Grace (Mercy), Justice, Clemency, Compassion, poena naturalis.

Sumario

- 1. Introducción**
- 2. La clemencia como compasión**
- 3. El reducido espacio de la clemencia**
- 4. Un caso de clemencia disputado: la pena natural**
- 5. Clemencia e igualdad**
- 6. Tabla de jurisprudencia citada**
- 7. Bibliografía**

1. Introducción

Este escrito es parte de un estudio más amplio sobre la justificación filosófico-jurídica del derecho de gracia, tanto en sus aspectos institucionales como, sobre todo, en los sustantivos¹. El estudio parte de una introducción que propone un análisis histórico de la prerrogativa de gracia, basada en la idea de soberanía, y del contraste entre las ideas de gracia y de justicia, que modernamente se identifican con las exigencias del Estado de Derecho. Desechada la tradicional concepción puramente discrecional de la gracia, se analiza luego si tanto la justicia como la gracia pueden conservar todavía alguna justificación al amparo de tres rúbricas diferentes: la equidad, la clemencia y la utilidad pública. En la equidad la gracia se da la mano con la justicia o, más precisamente, con una forma de justicia indulgente que modera la justicia rigurosa. En la clemencia, entendida restrictivamente como compasión o misericordia, la gracia se presenta en contraste con la justicia y la igualdad, lo que resulta de difícil justificación salvo mediante una regulación legal de algunos supuestos. Y por la utilidad pública, que apela al interés general, la gracia puede justificarse como una excepción a la justicia en situaciones críticas, sea de naturaleza fundacional (justicia transicional y restaurativa), o sea por otros motivos de especial necesidad. El presente escrito recoge únicamente el análisis de la segunda rúbrica².

2. La clemencia como compasión

La clemencia es una motivación de la gracia bien distinta de la equidad. Entendida en el estricto sentido de compasión, misericordia o piedad, la clemencia induce a moderar o a perdonar a alguien su delito más allá o al margen de las razones de justicia que le hacen merecedor de una determinada pena. La compasión (etimológicamente, “padecer con otro”) y la misericordia (etimológicamente, “tener corazón hacia la miseria”) fueron justamente relacionadas entre sí por AGUSTÍN DE HIPONA cuando definió la misericordia como “cierta compasión de nuestro corazón por la miseria ajena”³. En la tradición cristiana, tanto la justicia como la misericordia son virtudes divinas que deben reflejarse en el comportamiento humano. Como lo resumió famosamente SHAKESPEARE: “el poder terrenal se muestra como el divino cuando la clemencia sazona la justicia”⁴. Pero se trata de virtudes en pugna: mientras el lema que la justicia invoca es el *fiat iustitia et pereat mundus*, la clemencia denuncia que *summum ius, summa iniuria*⁵. La teología cristiana ha debatido profusamente sobre la compleja relación entre la justicia y la misericordia divinas, intentando, e inventando, soluciones integradoras ante la notoria tensión entre el castigo merecido por los

¹ A su vez, el estudio forma parte de un proyecto de investigación sobre el indulto (DER2013-45562-P de la Secretaría de Estado de Investigación del Gobierno de España), dirigido por el profesor Fernando Molina.

Mi especial agradecimiento a Eva Carracedo, Enrique Peñaranda, Francisco J. Laporta y Manuel Cancio. Asimismo, me he beneficiado del excelente texto preparado para este mismo proyecto de investigación por HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, «Sobre el indulto. Razones y sinrazones» (manuscrito), que cito con referencia a sus apartados.

² La primera puede verse en RUIZ MIGUEL, «Gracia y justicia: el lugar de la equidad», *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho* (Lima), (79), 2017, pp. 77 ss.

³ AGUSTÍN DE HIPONA, *De civitatis Dei. La ciudad de Dios*, IX.5.

⁴ SHAKESPEARE, *El mercader de Venecia*, IV.I.

⁵ ARTETA, *La compasión. Apología de una virtud bajo sospecha*, 1996, pp. 286 s. ARTETA, como sugiere el subtítulo de su libro (*La compasión. Una virtud bajo sospecha*) propone coordinar piedad y justicia, pero su tema principal gira en torno a la justicia distributiva y a su relación con la beneficencia, que es un registro muy diferente al aquí abordado.

pecadores al que un dios justo no podría renunciar y la misericordia que el amor y la bondad divina debería ejercer hacia sus criaturas. En el siglo XI, ANSELMO DE CANTERBURY ya se preguntaba cómo Dios, que no hace nada que no sea justo, puede ser bueno con los malvados y salvarlos del infierno:

“¿Por qué, entonces, buen Dios —bueno con los buenos y los malos—, por qué Tú salvas a los que son malos si eso no es justo y Tú no haces nada que no sea justo?”⁶.

Volviendo al mundo humano, la discordancia entre justicia y clemencia es genuina e insalvable, como se puede ilustrar acudiendo al pensamiento clásico, ajeno al cristianismo. Tanto en ARISTÓTELES como en SÉNECA, la mitigación de la justicia por razones de indulgencia está directamente justificada no en la clemencia como compasión o misericordia, sino en la equidad como una forma de justicia más benevolente que la justicia estricta. Esto, que es suficientemente claro en los textos de ARISTÓTELES sobre la equidad, donde la aparente contradicción entre ambas formas de justicia se termina por resolver afirmando que la equidad es una forma superior de justicia, viene confirmado por su visión tanto de la compasión (ἐλεημοσύνη) —el pesar que sentimos por “un mal que aparece grave y penoso en quien no lo merece”⁷— como de la indulgencia (συγγνώμη), que comporta moderación frente a la crueldad o la severidad pero que no supone decidir en menos de lo que la justicia exige⁸. En contraste, compadecerse de quien merece su mal o rebajar sobre lo que es de justicia, sería para ARISTÓTELES un signo de servilismo, el vicio opuesto a la magnanimidad, esto es, a la virtud propia del “que tiene grandes pretensiones y es digno de ellas” porque posee “la grandeza en todas las virtudes”, que nunca necesita pedir perdón ni concederlo⁹.

Por su parte, en SÉNECA es bien claro que lo que él llama *clementia* no tiene nada que ver con la compasión que luego el cristianismo asociaría a la misericordia. Aquella virtud aparece en contraposición sea a la severidad sea al vicio de la crueldad¹⁰, pero queda netamente diferenciada de la compasión, considerada “una enfermedad del espíritu o una tristeza causada por los males de los demás” que, siendo un “vicio del espíritu apocado” (*vitium pusilli animi*), el sabio y su “grandeza de ánimo” deben evitar¹¹. Por eso SÉNECA se mantiene en la senda aristotélica y su clemencia, al actuar “como si lo que ha decidido fuera lo más justo”,

“no emite su juicio de acuerdo con las fórmulas jurídicas, sino de acuerdo con la equidad y el bien (*non sub formula, sed ex aequo et bono iudicat*)”¹².

⁶ ANSELMO DE CANTERBURY, «Proslogium», (trad. inglesa Hopkins/Richarson), en *Complete Philosophical and Theological Treatises of Anselm of Canterbury*, 2000, p. 98 (p. 22 de la versión en castellano).

⁷ ARISTÓTELES, *Retórica*, 4.^a ed., 1990, 1385b (cursiva mía).

⁸ ARISTÓTELES, *Ética nicomáquea*, 4.^a ed., 1985, 1106b.

⁹ Véase ARISTÓTELES, *Ética nicomáquea*, 4.^a ed., 1985, 1123b; así como TASIOLAS, «Mercy», *Proceedings of the Aristotelian Society*, (103), 2003, p. 101; y ARIETA, *La compasión. Apología de una virtud bajo sospecha*, 1996, pp. 17, 21 s.

¹⁰ En este punto hay, en efecto, una cierta vacilación en los textos de SÉNECA, pues por un lado parece contraponer la clemencia al rigor (*severitatem*) (SÉNECA, *De clementia. Sobre la clemencia*, 2.^a ed., 2007, I.1.4), pero por otro lado da más bien a entender que lo que contrasta con la clemencia no es la severidad, que no considera vicio, sino la crueldad, esto es, “la brutalidad en la aplicación de las penas” (EL MISMO, *De clementia. Sobre la clemencia*, 2.^a ed., 2007, II.4.1): “bajo la apariencia de severidad incurrimos en la crueldad; bajo apariencia de clemencia, en la compasión” (EL MISMO, *De clementia. Sobre la clemencia*, 2.^a ed., 2007, II.4.4).

¹¹ SÉNECA, *De clementia. Sobre la clemencia*, 2.^a ed., 2007, II.5.4 y II.5.1.

¹² SÉNECA, *De clementia. Sobre la clemencia*, 2.^a ed., 2007, II.7.3.

3. *El reducido espacio de la clemencia*

Aquí, como he dicho, utilizo el término clemencia en el sentido cristiano, bien distinto al de SÉNECA, lo que permite plantear claramente el dilema que tal virtud presenta frente a la justicia. Si somos indulgentes por razones de equidad no dejamos de ser justos, porque la equidad es una forma de justicia, es decir, una virtud que debemos ejercer por deber. Pero si somos indulgentes por clemencia o compasión, entonces abandonamos el campo de la justicia y hacemos algo injusto: en este sentido, ser clemente es, por definición, incompatible con hacer justicia mediante el castigo merecido¹³. En esta conceptualización, como lo ha resumido MURPHY, “la clemencia [*mercy*] o es un vicio (injusticia) o es una parte redundante de la justicia”. Merece reproducirse su argumentación, muy citada en la literatura anglosajona:

“...si simplemente usamos el término ‘clemencia’ para referirnos a ciertas exigencias de justicia (por ejemplo, la exigencia de individualización), entonces la clemencia deja de ser una virtud autónoma y se convierte en cambio en parte de (o es reductible a una parte de) la justicia. Se convierte así en obligatoria y cualquier afirmación sobre regalos, actos de gracia, supererogación y compasión termina por no venir al caso. Si, por el otro lado, la clemencia es totalmente diferente de la justicia y realmente exige (o permite) dejar a veces a un lado a la justicia, entonces aconseja la injusticia. En dos palabras, o la clemencia es un vicio (injusticia) o es redundante (parte de la justicia)”¹⁴.

La clemencia, así, es un acto no debido por parte de quien la concede y al que el receptor no tiene derecho, que es precisamente el rasgo tradicional de la prerrogativa de gracia que permanece esencialmente inalterado en la actual institución del indulto.

La preferencia por la justicia frente a la clemencia es, me parece, la razón fundamental por la que el pensamiento ilustrado se opuso al derecho de gracia: BECCARIA, que dedica al perdón el penúltimo capítulo de *los delitos y las penas*, afirma que la clemencia

“...debería ser excluida en una perfecta legislación, donde las penas fuesen suaves y el método de juzgar arreglado y corriente [en contraste con el] desorden del sistema criminal, en que los perdones y las gracias son necesarias en proporción de lo absurdo de las leyes y de la atrocidad de las sentencias (...), la clemencia es virtud del legislador, no del ejecutor de las leyes; que debe resplandecer en el código, no en los juicios particulares”¹⁵.

Y, por su parte, BENTHAM recogió el motivo ilustrado que niega que las leyes justas deban ser moderadas en su aplicación por razones de clemencia:

“Si las leyes son demasiado duras, el poder de perdonar es un correctivo necesario: pero este correctivo es también un mal. Haced buenas leyes y no creéis una varita [mágica] de virtudes que tenga el poder de anularlas. Si la pena es necesaria no se debe perdonar; si no es necesaria no debe pronunciarse”¹⁶.

¹³ ROBINSON, «Mercy, Crime Control and Moral Credibility», en SARAT (ed.), *Merciful Judgements and Contemporary Society. Legal Problems, Legal Possibilities*, 2012, p. 105.

¹⁴ MURPHY, «Mercy and legal justice», en EL MISMO/HAMPTON, *Forgiveness and Mercy*, 1988, p. 168.

¹⁵ BECCARIA, *De los delitos y las penas*, (trad. del Val), 1968, p. 111; en coherencia con ello y con su concepción utilitarista de las penas, este autor añade que el perdón de los delitos por el príncipe es un “acto privado de mal entendida beneficencia [que] forma un decreto público de impunidad”.

¹⁶ BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, t. II, (trad. Dumont), 1802, p. 434 (p. 322 de la versión en castellano).

En contraste, no es casual que la reacción romántica frente a la ilustración volviera al motivo de la misericordia como rectificación de la justicia, según lo presenta Víctor HUGO en *Los miserables* a través del Inspector Javert, el justiciero perseguidor de *Jean Valjean*, que termina viendo “la posibilidad de una lágrima en los ojos de la ley”¹⁷.

Si descontamos la pena de muerte, que acrecienta y dilata los motivos justificativos de la gracia o la indulgencia, es probable que la clemencia haya ido perdiendo importancia histórica en la teoría y la práctica jurídicas (como, a su vez, la propia decadencia mundial de la pena de muerte podría ser un motivo más de decadencia de la clemencia). En los sistemas jurídicos influidos por la Ilustración al menos, la petición de BECCARIA de trasladar la clemencia al legislador se ha ido satisfaciendo a través del proceso de humanización del Derecho penal, que ha afectado a los procedimientos policiales y judiciales, a las penas y a sus modos de ejecución¹⁸. Dentro de los modos de ejecución penal, una legislación como la española regula hoy con cierto detalle la suspensión o la mitigación de la prisión por motivos de clemencia, en especial por causa de edad avanzada, de enfermedad muy grave e incurable o de trastorno mental sobrevenido¹⁹. Supongo que si algo semejante está generalizado en el mundo occidental, el espacio de la clemencia estricta como motivo de exención no regulada de la pena resulta hoy de hecho reducido al mínimo. Resulta bien significativo de ese fenómeno que los casos considerados hoy como típicos de clemencia sean muy contados²⁰. Seguramente debido a ese reducido espacio remanente de la clemencia hoy, DUFF propone un caso más bien extravagante de “clemencia sin justicia” (*mercy without justice*) que permite plantear el principal problema que aqueja a la clemencia judicial y que merece comentarse

¹⁷ Víctor HUGO plantea el conflicto sin resolverlo claramente: el policía Javert, a quien Valjean ha mostrado su heroísmo y le ha salvado la vida, elude luego detener a Valjean, pero, obsesionado por el dilema entre obedecer a la justicia legal o a la moralidad de la misericordia, termina por arrojarse al Sena (vid. HUGO, *Los miserables*, V.III.I). Aunque quizá ese final puede interpretarse como una derrota del afán de hacer justicia a toda costa.

¹⁸ MATA Y MARTÍN, *Fundamentos del sistema penitenciario*, 2016, esp. caps. IV y VI; y NICOLÁS GUARDIOLA, *Development of the European Penitentiary Policy-Evolución de la política penitenciaria europea*, 2011, cap. III.

¹⁹ Desde una concepción retribucionista, MARKEL ha sido tajantemente crítico con estas causas de indulgencia con el argumento de que “no hay injusticia en castigar a personas por conductas que, por hipótesis, podían controlar y por consecuencias que pueden razonablemente anticipar” (MARKEL, «Against Mercy», *Minnesota Law Review*, (88), 2004, pp. 1465 s.), pero lo que precisamente se alega en estos casos es que la compasión puede ser una razón suficiente para excepcionar la justicia retributiva (así, RAPAPORT, «Retribution and Redemption in the Operation of Executive Clemency», *Chicago-Kent Law Review*, [74], 2000, pp. 1521 ss.).

²⁰ WALKER, en un repaso de hasta 21 motivos de pretendida *mercy*, concluye que solo uno de ellos satisface claramente el genuino motivo de compasión: cuando hay una obligación que anula el deber de castigar, como en caso de grave daño a personas dependientes del condenado o de pena justa y merecida pero cruel. Sin embargo, WALKER acepta otros cinco casos más que lo satisfarían en forma menos clara: cumplimiento de una condena previa excesiva, condena más leve por error a un coautor en igualdad de condiciones, petición de la víctima, recompensa por conducta meritoria y remordimiento ulterior del culpable, de los que encuentro especialmente discutibles los tres primeros (WALKER, «The Quiddity of Mercy», *Philosophy*, [70], 1995, pp. 34 s.).

Por su parte, en un clásico e influyente artículo sobre el tema de SMART solamente se acepta una razón de genuina clemencia: el daño grave a terceros (SMART, «Mercy», *Philosophy*, vol. 43, [166], 1968, pp. 353 s.). Significativamente, SMART rechaza que el largo tiempo pasado entre la comisión del hecho y el juicio penal sea una razón de clemencia. Sin necesidad de entrar aquí en los problemas de justificación de la prescripción de los delitos y de la imprescriptibilidad de algunos de ellos, se puede concordar con SMART en que el paso del tiempo solo puede ser relevante cuando cabe interpretarlo como cambio de la identidad personal. En tal hipótesis, sin embargo, la razón para excluir la pena no puede ser la clemencia sino la justicia, en la medida en que no cabe ser clemente sino solo justo con quien en realidad no es ya responsable de los hechos imputados (EL MISMO, *Philosophy*, vol. 43, [166], 1968, pp. 354 ss.).

brevemente: el de la muerte o la enfermedad terminal de un familiar cercano al condenado independiente del delito de este²¹.

DUFF analiza con detalle la posición de un juez que a la hora de sentenciar debe considerar si atenuar por compasión la pena de Alan, que es culpable de un “delito no trivial pero tampoco dramáticamente grave” y cuya mujer acaba de morir o de ser diagnosticada con una enfermedad terminal. DUFF destaca que esa circunstancia familiar no está conectada con el delito ni puede considerarse tampoco una pena natural y, para rematar el ejemplo, supone que el hipotético juez está juzgando por los mismos hechos a Alan y a un cómplice a quien no afecta ningún motivo de compasión que pueda mitigar su condena. DUFF reconoce que, en principio, la solución del caso parece muy evidente y que el juez debe rechazar tal motivo como excusa o atenuante, pues su deber es actuar solo en atención a la justicia, y no a la compasión.

Sin embargo, muy discutiblemente en mi opinión, DUFF termina haciendo un hueco a la sugerencia de que el juez, no en cuanto tal pero sí en cuanto ser humano y ciudadano, debiera “reconocer que en algunos casos (que deben ser muy raros, si el derecho penal ha de ser posible)” no es “apropiado” actuar solo conforme al Derecho penal y dentro de su estricto papel profesional²². A mi modo ver, esta respuesta es difícilmente admisible porque, al menos en un sistema democrático y razonablemente justo en su conjunto, el juez debe actuar como juez o, en el caso de que quiera actuar como persona o ciudadano y en conflicto con aquella función, debe renunciar a ella. Esto podría sugerir que en tales casos es preferible la institución del indulto, como prerrogativa del poder ejecutivo, sobre todo para mantener el principio de la distinción de funciones en el marco de la división de poderes. Pero también podría defenderse una aplicación estricta de la ley, en aras del principio de igualdad, de modo que el afectado por una circunstancia personal semejante debe cumplir la pena que le corresponde lo mismo que su cómplice (a quien, por cierto, podría ocurrirle la misma desgracia pero inmediatamente después de que la sentencia fuera firme, lo que remacha el carácter arbitrario, por su aleatoriedad, de la solución de DUFF).

4. Un caso de clemencia disputado: la pena natural

Para profundizar en los problemas que se acaban de apuntar, me propongo considerar con detalle si la pena natural es un caso de mera justicia o, como creo, un caso relevante de clemencia. Por pena natural se suele entender cualquier daño físico o psicológico que el autor de un delito sufre independientemente del proceso judicial como consecuencia inmediata de su propio acto delictivo²³. Un buen ejemplo literario es el relatado por Gerald DURRELL, en su novela autobiográfica *Bichos y demás parientes*: un pobre pescador de Corfú pierde la mano por usar dinamita para pescar, un delito perseguido con cinco años de cárcel, y no es denunciado por el

²¹ DUFF, «Mercy», en DEIGH/DOLINKO (eds.), *Philosophy of Criminal Law*, 2011, pp. 471 s., § 3.

²² DUFF, en DEIGH/DOLINKO (eds.), *Philosophy of Criminal Law*, 2011, p. 480.

²³ SILVA SÁNCHEZ, «¿Puede considerarse el remordimiento una “poena naturalis”?», *InDret*, (3), 2014; BOBADILLA, «La “pena natural”: fundamentos, límites y posible aplicación en el derecho chileno», *Política Criminal. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, (11-22), 2016, p. 560.

policía que le encuentra y ayuda, apiadado porque ya había sufrido más que suficiente castigo. Por su parte, una sentencia del TS español menciona casos como los siguientes:

“...al disparar un arma de fuego se revienta el mecanismo de la percusión y resulta lesionado el autor, o se produce un rebote del proyectil, o se autolesiona quien utiliza criminalmente un arma blanca, o como consecuencia de desplegar un alto riesgo en una conducción temeraria, resulta lesionado el propio autor o una persona de su círculo familiar”²⁴.

La doctrina suele incluir también daños indirectos de carácter psicológico o moral, como puede ocurrir típicamente en la muerte de algún familiar provocada por la imprudencia del autor²⁵.

Aunque en el Derecho comparado se reconoce limitadamente la pena natural para algunos tipos de casos, bien como atenuante (Austria y Nicaragua), bien como causa de no punibilidad en delitos con pena no superior a un año (Alemania), bien, en fin, como causa de no perseguibilidad a criterio del ministerio fiscal (Perú, Bolivia, Colombia y Argentina), en España no se encuentra reconocida de manera expresa y general en ninguna de esas posibles manifestaciones²⁶. El caso español tiene particular interés por la marcada vacilación jurisprudencial sobre la admisibilidad de la pena natural y por la discutible justificación de la línea jurisprudencial y doctrinal que la patrocina, precisamente más basada en la justicia que en la clemencia.

La jurisprudencia de la Sala Penal del TS español sobre la pena natural es oscilante y tortuosa. La oscilación, fuerte oscilación, se produce entre su reconocimiento como atenuante analógica del Código penal y la negación de su relevancia²⁷. En un extremo, entre 2002 y 2010 —que es el periodo en el que, por lo que he podido ver, hay varias decisiones del TS sobre los casos más habituales de pena natural, por los daños derivados de la ingesta de bolas de cocaína para su transporte —, al menos tres sentencias negaron la aplicabilidad de la atenuante analógica²⁸. Esta primera línea jurisprudencial no ve fundamento alguno para que el “castigo extrapenal” o “metajurídico”, al ser previsible, pueda tener efectos atenuantes. En el otro extremo, en cambio, la STS 307/2008 siguió el criterio opuesto mediante una interpretación muy extensiva de la atenuación analógica, hasta defender la tesis de que forma parte de la pena y debe compensar *a posteriori* la culpabilidad del autor

²⁴ STS 678/2010, de 18 de junio (MP: Sánchez Melgar), FD 1º.

²⁵ CHOCLÁN MONTALVO, «La pena natural», *Diario La Ley*, (3), 1999, 23010/2001; y BOBADILLA, *Política Criminal. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, (11-22), 2016, p. 553.

²⁶ BOBADILLA, *Política Criminal. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, (11-22), 2016, pp. 583-587. En España, se cita como reconocimiento específico de una pena natural la exención de responsabilidad para la madre en el aborto por imprudencia grave del art. 146, párrafo 3º, del código penal (CHOCLÁN MONTALVO, *Diario La Ley*, [3], 1999, 23010/2001, EL MISMO, «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], 2002, 3499/2002).

²⁷ Tal atenuante, definida originalmente en el artículo 21.6ª como “cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores”, remitía a las siguientes atenuantes expresamente reconocidas: eximente incompleta, adicción a drogas, arrebató u obcecación, confesión espontánea y reparación del daño antes del juicio; la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, introdujo como atenuante 6ª la dilación indebida, renumerando a la analógica como 7ª.

²⁸ Véanse SSTS 806/2002, de 30 de abril (MP: Ramos Gancedo), FD 2º; 575/2008, de 7 de octubre (MP: Berdugo), FD 7º; y 678/2010 cit. (*supra*, nota 22), FD 1º, donde se cita la 806/2002.

“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”²⁹.

Junto a la anterior oscilación, la jurisprudencia del TS ha sufrido otras variaciones que la convierten no solo en oscilante sino en tortuosa, por caminos distintos que se bifurcan y a veces se contradicen. Ante todo, mientras la tesis contraria se ha seguido en casos claros de pena natural, donde se había producido una intervención quirúrgica y daños más o menos graves en el inculcado, la tesis a favor se mantuvo en un caso en el que no constaban daños³⁰.

En una segunda bifurcación, una sentencia de 2010, que se refiere al caso del asesinato machista de un divorciado que había sufrido graves lesiones como consecuencia de su inmediato intento de suicidio, introduce confusión a propósito del concepto de pena natural³¹: allí, mientras el tribunal, dando por vacilante la jurisprudencia sobre tal figura, niega la “naturalidad” del daño sufrido por el autor por habérselo causado voluntariamente él mismo, el ponente de la sentencia firma un voto particular donde considera —creo que con cierta razón desde un punto de vista conceptual, aunque no tanto desde el valorativo (se volverá)— que, objetivamente, el “padecimiento” del asesino así arrepentido no puede dejar de entrar en el concepto de pena natural³².

En una tercera bifurcación, frente al reconocimiento de la pena natural como atenuante analógica en un caso de mero riesgo en la sentencia de 2008, otra sentencia de 2014 pretende poner orden en la dispersión jurisprudencial a costa de forzar creativamente su coherencia, hasta el punto de considerar dominante la línea que da cierta relevancia a la pena natural siempre que se produzca un daño (y no un mero riesgo) y nunca como atenuante analógica, sino únicamente mediante el recurso a la individualización judicial de la pena, es decir, en el margen de discrecionalidad expresamente previsto por el Código penal³³.

²⁹ STS 307/2008, de 5 de junio (MP: Bacigalupo), FD único.2.

³⁰ En efecto, en los hechos probados de la anterior STS 307/2008 únicamente constaba, como lo señala el voto particular de Sánchez Melgar, que el autor del transporte de droga había acudido al hospital por encontrarse indispuerto; en cambio, en los tres casos de las SSTS citadas *supra*, nota 26, en los que se negó la aplicación de la atenuante analógica, habían existido daños efectivos.

³¹ Se trata de la STS 424/2010, de 27 de abril (MP: Maza), FD 2º.D. Esta sentencia afirma que la jurisprudencia española “ya hizo uso expreso de esta doctrina [de la pena natural] en algún supuesto concreto que se correspondía con hechos tales como los del conductor que con su conducta imprudente causa la muerte de un ser querido y lesiones gravísimas en su propia persona o el [del] autor del robo que al intentar huir sufre una caída que le provoca un estado cercano a la parálisis, y la idea llega a latir, con carácter más general, en la propia construcción de la atenuante analógica de dilaciones indebidas”; sin embargo, no cita las sentencias de los dos primeros casos sino solo las dos que se acaban de comentar en el texto y, en contra, la STS 575/2008 citada *supra*, nota 26.

³² En el voto particular del propio Maza a esta STS 424/2010 no está claro si tal padecimiento se refiere al grave estado psicológico que conduce al intento de suicidio o a las consecuencias físicas posteriores, y aunque solo el primero está directamente conectado con el delito, también el segundo tiene una conexión muy cercana, casi inmediata, con él. Por ello, ambas consecuencias podrían considerarse pena natural, entrando también en la definición citada de la STS 307/2008 (cit. *supra* en nota 27) como “mal [...] sufrido por el delincuente por la propia ejecución del delito o por otras circunstancias”.

Por lo demás, me parece digno de anotación que entre los firmantes de la mayoría de la STS 424/2010, que niega la aplicabilidad de la atenuante analógica al caso, figure Enrique Bacigalupo, ponente de la STS 307/2008, donde la pena natural se caracteriza de una forma tan general que incluía también el supuesto de esta nueva sentencia (véase *supra*, nota 27 y texto correspondiente).

³³ Véase la STS 132/2014, de 20 de febrero (MP: Jorge Barreiro), FD 5º.4, remitiendo a la STS 1657/2002, de 9 de octubre (MP: Giménez García) y a la 575/2008 (cit. *supra*, nota 26); mientras en los casos de 2002 y 2008 el transporte intracorporal de cocaína había producido una oclusión intestinal que debió ser intervenida quirúrgicamente, en el

En fin, en una cuarta bifurcación, junto a sentencias que como las anteriores resuelven, mal que bien, supuestos de pena natural, una sentencia de 2004, que trataba el entonces disputado tema de si las dilaciones indebidas podían considerarse incluidas en la atenuante analógica, ha dado lugar a la extravagante doctrina, hoy consolidada, de que tales dilaciones no son más que una manifestación de la pena natural³⁴. Bajo esta doctrina, como la “dilación extraordinaria e indebida” ha sido introducida como atenuante expresa en una reforma del Código penal en 2010, habría sido de esperar que el Tribunal Supremo incluyera la pena natural sin más justificación dentro de la atenuante analógica, pero la sentencia de 2014 que he mencionado parece desmentir tal conclusión.

El anterior repaso jurisprudencial pone de manifiesto que la pena natural adolece de graves problemas de justificación en parte debidos a la heterogeneidad de las situaciones que la figura puede incluir, pero también y sobre todo a su oscura naturaleza conceptual. Antes de abordar el tema de la heterogeneidad, merece la pena aclarar el problema de su naturaleza, que puede sintetizarse de manera muy sencilla: si es pena no es natural y si es natural no es pena, y solo si la vemos como pena podemos relacionarla con la justicia y, ulteriormente, proponer su compensación con la pena jurídica³⁵. En efecto, a menos que se mantenga una concepción teleológica de la naturaleza, atribuyéndole propósitos animistas propios o designios divinos, lo natural pertenece al reino de lo fáctico y de las relaciones de causalidad, mientras que la idea de pena corresponde al reino de lo normativo y de las relaciones de imputación. Si por mi hábito de fumar contraigo un cáncer de pulmón, desde un punto de vista descriptivo se trata de una consecuencia que, al no ser necesaria sino solo probabilística, debo atribuir en parte a mi hábito y en parte a mala suerte. Eso sentado, puedo considerar al cáncer también un castigo solo si salto al plano normativo y además creo que he descuidado de manera imprudente el criterio moral o prudencial de llevar una vida más sana, lo que supone una cierta asunción de la mala suerte y de la responsabilidad consiguiente. Este juicio normativo, naturalmente, se puede y se suele hacer también en tercera persona, respecto de las consecuencias de los comportamientos ajenos, como ocurre cuando se considera pena (natural) a las consecuencias dañosas para el autor derivadas de su comportamiento ilícito.

Una vez aclarada la distinción de planos, podemos ver las consecuencias dañosas derivadas de un delito —o las de un comportamiento inmoral o contra nuestro propio interés (esto es, contrario a la prudencia)— bien como una pena (natural) que, por tanto, se relaciona con la justicia, bien como

de 2014 el TS anuló la aplicación por parte de la Audiencia del tipo atenuado del art. 368.2º del Código penal —que reduce la pena en un grado en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable— porque el autor del transporte de droga no había sufrido ningún daño sino solo un mero riesgo en su salud.

³⁴ Así, la sentencia de 2004 dice: “En un derecho penal de la culpabilidad como el sistema vigente [...], el cumplimiento de la pena extingue completamente la culpabilidad, por ello, se estima que si el acusado ha tenido un sufrimiento innecesario e injustificado a consecuencia de la excesiva duración del proceso —*poena naturalis*—, es razonable compensar con una reducción de la pena la parte de culpabilidad ya «pagada» por la excesiva duración del proceso” (STS 1387/2004, de 27 de diciembre [MP: Giménez García], FD 10º). Recientemente, esta es la síntesis de la doctrina: “La doctrina jurisprudencial sostiene que el fundamento de la atenuación consiste en que la pérdida de derechos, es decir, el menoscabo del derecho fundamental a ser enjuiciado en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, equivale a una pena natural, que debe compensarse en la pena que vaya a ser judicialmente impuesta por el delito para mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la pena (la pérdida de bienes o derechos derivada del proceso penal) y el mal causado por la conducta delictiva (SSTC 177/2004 y 153/2005)” (STS 519/2017, de 6 de julio [MP: Varela], FD 5º.2; sobre la consolidación de la doctrina, vid., en el mismo sentido, SSTS 288/2016, de 7 de abril [MP: Monterde], FD 8º.2; y 455/2017, de 21 de junio [MP: Saavedra], FD 7º.2.1).

³⁵ Algunos autores dan por supuesta la anterior secuencia sin mayor análisis ni profundización: así, SMART, *Philosophy*, (166), 1968, p. 348; a quien sigue WALKER, *Philosophy*, (70), 1995, p. 33.

un mal que no afecta a la justicia sino, si acaso, a la clemencia. La justificación en uno y otro caso es muy diferente y resulta decisiva cuando no hay una regulación jurídica específica y además, según ocurre en el sistema penal español, es muy dudoso si cabe aplicar la atenuante analógica, que puede permitir alguna similitud con alguna atenuante expresa no por razones de clemencia sino solo de justicia, como en particular con la atenuante de dilaciones indebidas.

Aun sin entrar aquí a fondo en el tema de las dilaciones indebidas, debe tenerse en cuenta que, siempre en términos justificativos, cabría discutir si tales dilaciones deben compensarse mediante atenuación de la pena o mediante indemnización. En todo caso, parece claro que son notoriamente diferentes a la pena natural tal y como esta se ha entendido tradicionalmente, puesto que las dilaciones que justifican la atenuación no son una consecuencia causada por la propia acción del autor, sino una infracción de un derecho por el propio Estado que impone la pena. Solo desde una difícilmente explicable dicotomía según la cual todo daño que no es pena forense es pena natural se puede sostener la tesis del TS español de que las dilaciones indebidas son una forma de pena natural o una figura equivalente a ella. Pues si la afectación a un derecho por parte del Estado es algo natural y no (anti)jurídico, ya no se entiende nada. En todo caso, una vez introducidas las dilaciones indebidas como atenuante expresa en nuestro Código penal, la cuestión de si la pena natural puede considerarse análoga a ellas depende de la teoría que se mantenga sobre esta última figura.

Pues bien, supongamos que debemos considerar a la pena natural como una pena genuina. ¿Qué razones tenemos para considerarla como una pena (moral) que debemos descontar de la jurídica? HOBBS y KANT, los dos autores clásicos a quienes cierta literatura en español tiende a atribuir erróneamente la concepción jurídica compensatoria de la pena natural³⁶, tenían bien claro que la pena natural no debe tener consecuencias jurídicas: HOBBS, que concedía, tal vez irónicamente, que la pena natural podía reputarse un castigo divino, la consideraba del todo ajena a las penas del Estado:

“Un CASTIGO es un mal infligido por autoridad pública a quien ha hecho u omitido algo que esa misma autoridad juzga ser una transgresión de la ley [...]. De la definición de castigo deduzco [...] [e]n sexto lugar, que aunque a ciertas acciones vayan anejas, de modo natural, diversas consecuencias dañosas, como cuando un hombre resulta matado o herido al asaltar a otro, o cae enfermo por haber realizado un acto ilegal, esas consecuencias dañosas, aunque pueda decirse que ha sido infligidas por Dios, el cual es el autor de la naturaleza, y que, por tanto, son castigos divinos, no puede decirse que sean castigos humanos, pues no han sido infligidos por autoridad de hombre”³⁷.

³⁶ Así, se ha afirmado sin base alguna que para KANT la pena natural podría producir perjuicios de tal magnitud que “la imposición de una *poena forensis* resultase un error evidente” (BOBADILLA, *Política Criminal. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, [11-22], 2016, p. 550); otro autor ha dicho, también sin fundamento, que KANT “admite el supuesto de que el reo pueda estar ya castigado por su propia acción” (REDONDO HERMIDA, «La “pena natural” en la jurisprudencia penal española», *La Ley Penal*, [61], 2009, p. 3; un tercero atribuye a Kant la frase “en el pecado se lleva la penitencia” para apoyar la idea de que la pena natural convierte en innecesaria, al menos en parte, la pena jurídica (CHOCLÁN MONTALVO, *Actualidad Penal*, [46], 2002, 3499/2002); en fin, otro autor, sin dejar de citarlo textualmente, interpreta justamente al revés el pasaje relevante de HOBBS que se cita a continuación en el texto: “Thomas Hobbes estableció una definición de aquellas conductas ilícitas que no podían ser penadas en virtud de la existencia de una pena natural en su autor” (KENT, «La razonabilidad de la pena natural: ¿una abstrusa alternativa?», *Revista de Derecho Penal y Criminología* [Buenos Aires], noviembre, 2016, p. 5).

³⁷ HOBBS, *Leviatán. La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, (trad. Mellizo), 1989, pp. 249 s.

KANT, que veía la pena natural como una especie de autocastigo, la distinguió nítidamente de la pena forense dejando claro que aquella no debe ser tenida en cuenta en absoluto por el legislador y que únicamente la forense está sometida al imperativo de servir a la finalidad del castigo del delito sin poder ser solo un medio para otros fines:

“La pena judicial (*poena forensis*), distinta de la natural (*poena naturalis*), por la que el vicio se castiga a sí mismo y que el legislador no tiene en cuenta en absoluto, no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo porque ha delinquido”³⁸.

Como no pretendo utilizar a estos clásicos como argumento de autoridad, se debe entrar en las razones que puedan estar detrás de su negativa a juridificar la pena natural. Si la consideramos propiamente pena, excluida la intervención deliberada de la divinidad o de la naturaleza, su imputación debe atribuirse a la imprudencia del agente³⁹, que con tal imprudencia se hace responsable de su propia mala suerte, pues debiéndola haber previsto se trata de una suerte asumida y, por tanto, merecida⁴⁰. Es verdad que se trata de una imprudencia no delictiva y, por ello, sin consecuencias jurídicas punitivas, pero de ahí a que, además, haya de tener consecuencias jurídicas favorables, descontándola de la pena forense por razones de justicia, hay un salto que no parece justificado. Si la pena natural se imputa por una imprudencia que se suma a la culpa de un delito, lo que tal pena “paga” es aquella imprudencia, claramente distinta de la culpa del delito, sea esta dolosa o a su vez imprudente (aunque esto es más claro cuando el delito es doloso, no deja de ser cierto en los delitos imprudentes, en los que, por definición, debemos poder distinguir perfectamente entre la imprudencia respecto del resultado delictivo y la imprudencia respecto de las consecuencias que denominamos pena natural).

En la citada sentencia 307/2008, de la que fue ponente Enrique Bacigalupo, se afirma que

“el mal, sea tanto estatal como natural, que debe soportar el autor del delito como pena no debe ser superior al mal causado por el mismo [...] El mal naturalmente sufrido por la comisión del delito —[es decir, la pena natural, definida en el inciso anterior como] aquel mal sufrido por el delincuente por la propia ejecución del delito o por otras circunstancias concomitantes— ya implica una compensación (parcial) de la culpabilidad

³⁸ “Richterliche Strafe (*poena forensis*), die von der natürlichen (*poena naturalis*), dadurch das Laster sich selbst bestraft und auf welche der Gesetzgeber gar nicht Rücksicht nimmt, verschieden, kann niemals bloß als Mittel, ein anderes Gute zu befördern, für den Verbrecher selbst, oder für die bürgerliche Gesellschaft, sondern muß jederzeit nur darum wider ihn verhängt werden, weil er verbrochen hat” (KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, 1977, p. 452 [p. 166 de la versión castellana]).

Enrique Bacigalupo, que no recoge la referencia de Kant al legislador, traduce este texto sugiriendo una equiparación inexistente entre ambas penas: “Kant, por su parte, aclaraba que ni la *poena forensis* ni la *poena naturalis* ‘pueden ser impuestas como mero medio etc.’” (BACIGALUPO ZAPATER, «Principio de culpabilidad, carácter del autor y *poena naturalis* en el derecho penal actual», en OUVIÑA/VITALE/EL MISMO, et al., *Teorías actuales en el derecho penal*, 1998, p. 147, cursiva mía), pero es claro que la expresión “*kann niemals*” se refiere solo a la “Richterliche Strafe”.

³⁹ SILVA SÁNCHEZ, para quien la pena natural está mal denominada porque “no pertenece al mundo natural, sino al de la imputación (y de la imputación al propio agente!)”, concluye coherentemente que debe entenderse como una “consecuencia lesiva imputable (objetiva e incluso subjetivamente)” al propio autor, constituyendo una forma de “autopunición imprudente” (SILVA SÁNCHEZ, *InDret Penal*, [3], 2014).

⁴⁰ Sobre la distinción entre suerte bruta, de la que no somos responsables, y suerte asumida, en la que el agente toma libremente los riesgos, remito a DWORKIN, «What Is Equality? Part 2: Equality of Resources», *Philosophy and Public Affairs*, (10-4), pp. 283 ss. Citado aquí en, EL MISMO, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, 2000, pp. 73 ss.

por el hecho que se debe descontar para que la pena no sea un mal superior al causado por el autor” (FD único.2).

Sin embargo, las dos afirmaciones hechas en este texto —que el mal natural tiene carácter de pena y que debe descontarse de la pena jurídica— no están argumentadas en la sentencia, sin que se pueda saber por qué es preferible este último criterio sobre el alternativo de compensar el mal del delito solo con el de la pena estatal.

Al margen de la sentencia, tampoco se encuentra una respuesta convincente en un artículo de carácter teórico en el que el propio BACIGALUPO había intentado justificar la misma idea mediante una compleja construcción sobre la compensación de la culpabilidad. Su punto de partida es la distinción entre dos formas de la culpabilidad: primera, la relativa al hecho (por ejemplo, la atenuación de la pena por arrebató u obcecación) y, segunda, la relativa a “las modificaciones que puede sufrir la culpabilidad en el tiempo posterior a la comisión del hecho”, cuando “puede ser compensada por hechos posteriores que reducen su significación originaria”⁴¹. Es esta segunda forma, de *compensación posterior* de la culpabilidad, la que a BACIGALUPO le interesa para distinguir dentro de ella entre una compensación constructiva y otra destructiva: la constructiva se produce mediante un *actus contrarius* que, como la confesión, la reparación o, en general, el arrepentimiento espontáneo, indica la concurrencia de una menor maldad en la persona que reduce su reprochabilidad; en cambio, la compensación destructiva, que es la decisiva en nuestro tema, extinguiría la culpabilidad mediante el cumplimiento de la pena. A tal cumplimiento se asimilarían también, defiende BACIGALUPO, las privaciones de derechos sufridas por el acusado durante el proceso, como la prisión provisional o las dilaciones indebidas o, incluso, la pena natural⁴².

Esta figura de la compensación “destructiva” es muy forzada y juega con la ambigüedad de las nociones de compensación y de culpabilidad, que se emplean en sentidos distintos en uno y otro caso. En el caso de la compensación constructiva se compensa específicamente la reprochabilidad del autor, como antecedente necesario de la sanción, en el sentido de que el arrepentimiento, la confesión o la reparación reducen la culpabilidad del hecho porque son indicio de una menor

⁴¹ BACIGALUPO ZAPATER, en OUVIÑA/VITALE/EL MISMO, *et al.*, *Teorías actuales en el derecho penal*, 1998, p. 145; la segunda cita, en cursiva en el original.

⁴² BACIGALUPO ZAPATER, en OUVIÑA/VITALE/EL MISMO, *et al.*, *Teorías actuales en el derecho penal*, 1998, pp. 148 ss. En realidad, merece anotarse que este artículo, a pesar de la referencia a la pena natural en su título, dedica solo una página al tema, en concreto, una de las 14 páginas del apartado V, en el que sobre todo se hace un análisis crítico de la jurisprudencia constitucional española a propósito de la reincidencia y de las dilaciones indebidas.

La posición de Bacigalupo ha sido también defendida en Alemania por JESCHECK/WEIGEND, que a propósito de la pena natural reconocida en el § 60 del Código penal alemán afirman: “Evidentemente, aquí no falta la culpabilidad por el hecho; ésta puede ser incluso de mucho peso. Sin embargo, se prescinde de la pena porque, de una parte, la culpabilidad del autor ya ha quedado compensada en parte por las consecuencias del hecho a través de las graves consecuencias que, para él, han surtido efecto de forma similar a una sanción punitiva («poena naturalis»); y, de otra, porque (por ello) ya no es reconocible la existencia de ninguna necesidad preventiva” (JESCHECK/WEIGEND, *JESCHECK/WEIGEND, PG*, 5ª ed., 2002, p. 929). En el texto critico a continuación el primer argumento, que por lo demás, aun no siendo yo especialista en Derecho penal, parece resultar desmentido por la consideración de tal circunstancia no como causa de exclusión de la culpabilidad sino de la punibilidad (o, como la denominan JESCHECK/WEIGEND, de remisión de la pena, véase § 81). En cuanto al segundo, se trata de una generalización discutible, al menos por lo que se refiere a la prevención general, que en el caso depende tanto de su frecuencia como de que la pena natural se considere socialmente una pena y no un simple mal fortuito.

reprochabilidad o maldad en el autor⁴³. En cambio, en el caso de la compensación destructiva —especialmente en el cumplimiento de la pena, que es el concepto vertebrador de la categoría— no se “compensa” la reprochabilidad del autor, sino que se cancela el daño culpable, es decir, el delito en su conjunto, como lo prueba que la pena debe ser proporcional no solo respecto del grado de culpabilidad-reprochabilidad, sino también respecto de la gravedad de la acción misma. Solo del primer sentido de culpabilidad, como reprochabilidad, tiene sentido decir que los “hechos posteriores [...] reducen su significación originaria” y considerar atenuantes algunas conductas inmediatamente posteriores al delito como *indicio* de su menor gravedad, según puede ocurrir con la reparación del daño⁴⁴.

Al segundo sentido de culpabilidad, como daño culpable, le corresponden dos nuevos y distintos significados de compensación: un significado conforme al cual la pena “compensa” en el sentido de que *cancela el daño*, y otro significado respecto de los casos asimilados al cumplimiento de la pena —la prisión provisional y las dilaciones indebidas—, en los que se apela a una noción similar a la de la compensación civil de deudas y *se cancela la pena*. Mientras en el primer caso es el delito el que resulta compensado por la pena, en este segundo caso es la pena misma y no el delito la que puede ser compensada a modo de descuento por la prisión provisional y, aunque con una afinidad menos estricta, por las dilaciones indebidas, ambas “deudas”, por así decirlo, contraídas por el Estado con el delincuente. Recapitulando los tres tipos de compensación, la constructiva se refiere a ciertas atenuantes que reducen la reprochabilidad, el caso paradigmático de compensación destructiva al delito cancelado por la pena y, en tercer lugar, en los demás casos de compensación destructiva, a la compensación entre penas y figuras análogas a la pena.

Lo decisivo es que en la anterior escalada de significados y analogías no queda justificada la asimilación de la pena natural a los supuestos de prisión provisional y de dilaciones indebidas. Tal asimilación no solo propone, como ya se ha dicho, una analogía forzada, sino que permanece carente de razones independientes que vayan más allá del principio del que se partía, esto es, la afirmación no probada de que estamos ante una genuina *pena* (natural) sufrida con motivo del delito.

La alternativa más atractiva frente a la construcción anterior es concluir que la llamada pena natural, tanto si la consideramos un mal natural y no una pena como si la consideramos una pena moral que no exige compensación por razones de justicia, puede ser un motivo de clemencia⁴⁵.

⁴³ Por cierto, que en esta categoría podrían incluirse algunos de los comportamientos heroicos o especialmente meritorios concomitantes al delito (son claros el del delincuente que salva la vida al policía que le va a detener o el de la mujer que inscribe como propio al bebé a punto de ser abandonado por su madre, pero muy problemáticos los infractores por convicción, como Robin Hood o Edward Snowden). Liborio Hierro trata estos casos dentro de la clemencia compasiva, como una especie de contrafigura de la pena natural (HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, «Sobre el indulto. Razones y sinrazones» [manuscrito], § 6), pero a mí me parecen más bien casos que atañen a la justicia precisamente porque en ellos se produce esta forma de compensación de la reprochabilidad. La admiración que nos pueden producir comportamientos como los citados, que neutraliza o rebaja el reproche del delito, no me resulta análoga a la compasión de la pena natural, que no tiene por qué tener ese efecto.

⁴⁴ JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 5ª ed., 2002, p. 963, donde consideran irrelevante a efectos de atenuación la confesión durante el juicio oral por su lejanía del momento del delito (véanse también pp. 934 s., donde mencionan el “arrepentimiento activo” como causa de remisión de la pena en distintos supuestos del código penal alemán).

⁴⁵ Véase, de acuerdo, TASIOLAS, *Proceedings of the Aristotelian Society*, (103), pp. 117 s. En similar sentido, algún penalista ha encajado la pena natural dentro del principio de humanidad (prohibición de penas crueles) como un

Según yo lo veo, el centro de gravedad justificatorio de esa figura, en la medida en que pueda estar justificada, gravita más sobre la compasión que sobre la justicia. Por volver al caso paradigmático del pescador que pierde la mano por usar dinamita, la compasión parece el motivo primario o decisivo por el que nos inclinamos a reducir o incluso a prescindir de la pena jurídica, puesto que presumiblemente la experimentaríamos también aunque el hecho no estuviera penado o supiéramos que el autor no iba a recibir la pena. A diferencia del sentimiento de justicia compensatoria, que exigiría suponer la existencia de las dos penas, aquí experimentamos compasión por el pescador por su situación misma y con independencia del castigo estatal. Un argumento adicional que muestra que el reconocimiento de la pena natural puede ser más una manifestación de compasión que de justicia es la que creo que es la actitud común ante infracciones que tienen una pena jurídica meramente simbólica o no especialmente grave (amonestación, multa leve, arresto breve, etc.), que son casos ante los que podemos mantener la compasión hacia el condenado sin que nos parezca injusto que se aplique la pena forense. Pero si cuando la pena estatal se añade completa a la pena natural experimentamos un sentimiento de injusticia, seguramente se debe concebir ese sentimiento como meramente secundario o derivado de nuestra compasión, que sería la razón primaria por la que al menos en algunos casos tendemos a considerar el daño causado como retribuido en parte o en su totalidad.

Por lo demás, la clemencia, siendo una virtud más dúctil y cálida que la categórica y seca justicia⁴⁶, está en mejores condiciones para dar cuenta de las vacilaciones de nuestra jurisprudencia sobre la pena natural, probablemente coincidentes con las dudas y las diferencias de trato que cualquier persona mantendría ante casos tan heterogéneos entre sí como los que recoge esa figura. Por ejemplificarlo en concreto en los casos más claros, el pescador que pierde la mano, el padre que pierde a su hija en un accidente imprudente, o el autor de un hurto de uso que queda tetrapléjico tras estrellar el vehículo por imprudencia seguramente le producen a la inmensa mayoría de la gente una compasión que puede justificar alguna atenuación de la condena, mientras que el asesino que queda inválido de una mano por defecto del arma o el estafador o el corrupto a gran escala que pierde incluso su fortuna anterior por el engaño de su cómplice y testaferro no producen apenas compasión ni una razonable inclinación a atenuarles la pena. En fin, el caso del portador de cocaína en el estómago, que parece encontrarse más bien en una zona indecisa, indica que sería necesario algún criterio adicional para regular adecuadamente las consecuencias jurídicas de la pena natural⁴⁷.

límite genérico al castigo penal: así, ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *PG*, 2ª ed., 2005, pp. 113 y 739-740; también REDONDO HERMIDA, *La Ley Penal*, (61), 2009, p. 2.

⁴⁶ Para ser justos, debe reconocerse que hay quien ha visto esta diferencia entre la calidez de la compasión y la frialdad de la justicia como un argumento a favor de esta última, calificando a la primera de sentimiento poco confiable por su variabilidad, su dependencia de la cercanía del caso o de las personas que sufren, etc. (CRISP, «Compassion and Beyond», *Ethical Theory and Moral Practice*, (11), 2008, p. 245); cabe objetar este planteamiento, sin embargo, señalando que también el sentimiento de la justicia está sometido a variables personales y culturales.

⁴⁷ Merece una mención la cuestión planteada por SILVA SÁNCHEZ de si el remordimiento debería considerarse pena natural (y, aunque no lo dice claramente, tener algún efecto atenuatorio). Parece dejar la cuestión abierta ante la duda de si el legislador ha descontado ya el remordimiento de todo delincuente o si, “dada la creciente laxitud de las conciencias o su errónea conformación, ya no puede partirse —y tampoco lo hace el legislador—” de aquella hipótesis (SILVA SÁNCHEZ, *InDret Penal*, [3], 2014, p. 3). Albergó varias dudas sobre este planteamiento: ¿lo relevante es el hecho de que el arrepentimiento sea raro en nuestra época?, ¿incluso como hecho, no ha sido raro siempre?, ¿cómo probar algo tan íntimo como el remordimiento?, ¿debe el remordimiento ser inmediato o podría ser muy

Para ir saldando la cuenta, si la pena natural se considera un motivo no de justicia sino de clemencia, es claro que el margen de acción judicial se hace especialmente estrecho. Como propuse ante el ejemplo de DUFF de la enfermedad o muerte de la esposa, los jueces deben guiarse por criterios de justicia y no de clemencia, salvo que la ley así lo autorice. En el sistema penal español no cabría aplicar en ningún caso la atenuante analógica, limitándose todo lo más al proceso de individualización de la pena dentro del mínimo legalmente establecido. La alternativa del indulto, por su parte, es tan poco atractiva como la discrecionalidad en que se funda, aquí agravada por los problemas de igualdad que comentaré en el epígrafe siguiente. La mejor solución estaría en manos del legislador mediante la previsión de una atenuante específica —quizá, incluso, de una forma de perdón judicial completo— que ofreciera a los jueces un criterio razonable para reconocer la pena natural⁴⁸.

Para discriminar ulteriormente entre los casos susceptibles y los no susceptibles de la atenuante de pena natural, tal régimen legal podría utilizar dos criterios: de un lado, reducir su aplicabilidad a los delitos de imprudencia, un criterio claro y sencillo pero tal vez insatisfactorio por insuficiente⁴⁹; de otro lado, el de la gravedad tanto del delito como del mal autoinfligido, que en principio nos sitúa ante una escala no solo graduable sino también compleja, porque se debe tener en cuenta la proporción entre la mayor o menor gravedad de uno y otro daño⁵⁰. El patrón básico aquí sería que a igual autodaño la valoración debe variar según la gravedad del delito (así, en el caso de un igual autodaño por arma de fuego, mientras el asesinato frustrado no debe ser atenuable, sí podría serlo la mera tenencia ilícita del arma en unos ejercicios de tiro) y, a la inversa, que a igual delito la atenuación varíe con la gravedad del autodaño (así, en el caso de un homicidio imprudente el autodaño es mucho mayor si la víctima es un familiar y no un desconocido). El legislador podría restringir la amplitud del anterior criterio, siempre a costa de la inevitable rigidez, estableciendo límites cuantitativos. El código penal alemán limita la relevancia de la pena natural remitiendo la pena forense en los delitos con pena inferior a un año, pero sería preferible admitir también la posibilidad de atenuación y quizá extender ese límite hasta los dos años (no obstante, tanto la

posterior al delito?, ¿cómo diferenciar el remordimiento del arrepentimiento?, ¿y de la rehabilitación?, ¿el remordimiento genuino debe excluir o atenuar el cumplimiento de la pena? La doctrina alemana parece responder a varias de estas preguntas excluyendo que los autorreproches sean pena natural “a no ser que posean el valor de una enfermedad” (JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 5ª ed., 2002, p. 930, véase la bibliografía allí citada en nota 10).

⁴⁸ En el mismo sentido, HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, «Sobre el indulto. Razones y sinrazones» [manuscrito], § 6, que recuerda que Jiménez de Asúa ya propuso la regulación del perdón judicial.

⁴⁹ En tal sentido, FIGARI, «Sobre la pena natural. Aciertos e inconveniencias», en <http://www.rubenfigari.com.ar/sobre-la-pena-natural-aciertos-e-inconveniencias/>, (4), 2012; y con matices, considerando más justificable la relevancia atenuatoria de la pena natural en delitos culposos “y, excepcionalmente, en delitos dolosos, cuando el daño es de gran entidad para el autor”, BOBADILLA, *Política Criminal. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, (11-22), 2016, pp. 558 s., 610.

⁵⁰ En un primer momento consideré también como posible criterio relevante la distinción escolástica entre delitos *mala in se* y *mala quia prohibita* —según prohíban o no conductas intrínsecamente inmorales—, pues su carácter categórico permitiría excluir de manera aparentemente sencilla la relevancia de la pena natural en los primeros y aceptarla en los segundos. He concluido descartando este criterio no solo porque la distinción resulte muy disputable teóricamente y, además, de difícil aplicabilidad práctica, sino también porque, aunque fuera defendible, sería absurdo proponerla como criterio para el legislador, pues le sugeriría que debe reconocer que algunas de sus normas son injustificadas, incurriendo así en una contradicción sobre la que ha llamado la atención Robert ALEXYS; por añadidura, el criterio alentaría al juez penal expresamente a la insegura tarea de calibrar sus decisiones jurídicas con pautas morales.

exclusión de la atenuación como el estrecho límite de un año han sido criticados por la doctrina alemana⁵¹).

Aquí he intentado situar a la pena natural en el marco justificativo de la clemencia, pero he dejado abierta la cuestión de si debe calificarse como un simple mal natural o como una pena moral que no exige compensación jurídica por razones de justicia. No hace falta profundizar en esa nueva alternativa para sostener que en una y otra hipótesis, aunque más claramente en la primera, una vez admitida legalmente una atenuante específica de pena natural por razones de clemencia, también se justificaría la aplicación de la atenuante analógica a casos en los que, como el de DUFF, no estamos ante una pena en ningún sentido apropiado de la palabra pero también son dignos de compasión.

Una última observación. La previsión legal de una atenuante por pena natural tendría un efecto en cierto modo paradójico: el motivo de clemencia, cuyo rasgo formal original era la compasión gratuita o no debida, por el hecho de someterlo a una regla jurídica se transforma formalmente en un criterio de justicia. Dicho de otro modo, aunque ese reconocimiento jurídico se fundamente materialmente en la clemencia, su aplicación a los casos previstos se convierte en un deber de justicia al que los destinatarios de la atenuante tienen derecho⁵². Naturalmente, esto corroboraría el proceso histórico de debilitamiento de la importancia de la clemencia, quizá hasta el punto de su desaparición en los sistemas penales más civilizados. Pero si la razón de esa desaparición es que el sistema penal es materialmente más compasivo, no hay nada que lamentar en ello. Al contrario, semejante transformación en criterio de justicia resuelve el problema de justificación más difícil de la clemencia: su conflictiva relación con la igualdad.

5. *Clemencia e igualdad*

Fue de nuevo ANSELMO DE CANTERBURY quien, en un segundo dilema a propósito de la misericordia y la justicia divinas, planteó los apuros de la clemencia con la igualdad en el trato de los casos iguales al preguntarse cómo Dios puede salvar a algunos malvados del castigo eterno por bondad mientras condena a otros por justicia:

“Pero si podemos entender de algún modo por qué Tú quieres salvar a los que son malos, sin duda no podemos comprender en absoluto por qué, entre aquellos que son igualmente malos, Tú salvas a algunos y no a otros por Tu suprema bondad, y condenas a unos y a otros por Tu suprema justicia”⁵³.

Esta incoherencia se produce por el tradicional rasgo de la misericordia como graciable, como un regalo que, como no debido, puede hacerse a unos y no a otros sin necesidad de más explicación. Dejando a la teología el problema de la gracia divina, el Estado parece encontrarse con el problema de si es posible servir a la vez a la clemencia y a la justicia como igualdad. Si el Estado utiliza la clemencia en unos casos sin hacerlo en otros similares, está actuando de forma caprichosa, sin

⁵¹ JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 5ª ed., 2002, p. 930 y nota 11, así como p. 931 y nota 19.

⁵² En similar sentido, aun con algunos matices diferentes, ROBINSON, en SARAT (ed.), *Merciful Judgements and Contemporary Society. Legal Problems, Legal Possibilities*, 2012, pp. 118 ss.

⁵³ ANSELMO DE CANTERBURY, *Complete Philosophical and Theological Treatises of Anselm of Canterbury*, 2000, p. 10, (p. 28 de la versión castellana).

basarse en una buena razón, y, a la inversa, si tiene una buena razón para ser indulgente por compasión en un determinado caso, debería actuar igual en todos los casos similares: *once a reason always a reason*⁵⁴. En conclusión, si el Estado debe actuar racionalmente, no puede utilizar la clemencia discrecionalmente.

En realidad, como MURPHY ha argumentado, someter a la clemencia a la racionalidad del principio de igualdad tendría la absurda consecuencia de que aquella solo podría ser libre y graciable antes de ser ejercida por vez primera en un caso, pero tras ello sería obligatoria en todos los casos similares, perdiendo con ello su rasgo conceptual característico: la gratuidad⁵⁵. Ahora bien, si la razón de tal absurdo es puramente conceptual, de modo que una clemencia no discrecional no sería propiamente clemencia sino una forma de justicia, tal caracterización por sí sola no nos ofrece razones sustantivas para excluir toda clemencia. ¿Hay tales razones para defender la clemencia así concebida y, por tanto, para no aceptar el criterio de que el Estado debe actuar racionalmente y conforme al principio de igualdad?

Los intentos teóricos de justificar el carácter gratuito y discrecional de la clemencia frente a la objeción de su desigualdad han seguido dos líneas argumentativas básicas, a veces simultaneadas de manera confusa: la inconmensurabilidad de los dos valores últimos en juego, justicia y clemencia, y el menor peso del principio de igualdad en su conflicto con la clemencia.

La apelación al pluralismo valorativo, caracterizado por conflictos trágicos o situaciones dilemáticas entre la clemencia y la igualdad, es un argumento común que en varios autores se presenta sin ofrecer una solución clara, de acuerdo con el principio de que hay valores inconmensurables, aunque algunos de ellos terminen dando mayor peso a la clemencia, en clara incoherencia con la inicial asunción de la idea de inconmensurabilidad. En una sólida inconmensurabilidad parece situarse Alice RISTROPH, que parte de una “visión trágica” del Derecho penal, susceptible de generar “dilemas morales en los que ni el castigo ni el fracaso en castigar son una opción satisfactoria”⁵⁶, y tras oscilar entre defender la clemencia y aceptar razones para desconfiar de ella —en especial cuando el principio de igualdad entre los perdonados y los no perdonados en situaciones similares es afectado por prejuicios raciales o de otro tipo— parece terminar en una posición inconcluyente (salvo que se interprete como favorable a la clemencia, lo que no tengo claro en absoluto):

“la clemencia [*mercy*] tiene lugar en un mundo moralmente imperfecto. Puede ser una respuesta a esas imperfecciones o, en algunos casos, una manifestación de ellas”⁵⁷.

También parece inconcluyente la posición de Jean HAMPTON, que si bien comienza afirmando que “la clemencia [*mercy*] es un *regalo* al que el malhechor nunca tiene derecho pero que sería

⁵⁴ MURPHY, en EL MISMO/HAMPTON, *Forgiveness and Mercy*, 1988, pp. 180 s.; así como HARRISON, «The Equality of Mercy», en GROSS/HARRISON (eds.), *Jurisprudence Cambridge Essays*, 1992, p. 109.

⁵⁵ El argumento es común en la literatura sobre la clemencia: MURPHY, en EL MISMO/HAMPTON, *Forgiveness and Mercy*, 1988, pp. 180 s.; HARRISON, en GROSS/EL MISMO (eds.), *Jurisprudence Cambridge Essays*, 1992, pp. 107 ss. y WALKER, *Philosophy*, (70), 1995, p. 31.

⁵⁶ RISTROPH, «Actions of Mercy», en SARAT (ed.), *Merciful Judgements and Contemporary Society. Legal Problems, Legal Possibilities*, 2012, p. 230.

⁵⁷ RISTROPH, en SARAT (ed.), *Merciful Judgements and Contemporary Society. Legal Problems, Legal Possibilities*, 2012, p. 233.

monstruoso que quien castiga no concediera”, termina reconociendo que “corre el riesgo de socavar tanto el mensaje disuasorio como la expresión del valor que el malhechor ha transgredido”⁵⁸. Menos clara resulta, en fin, Elizabeth RAPAPORT, que hace una decidida defensa de la clemencia discrecional del poder ejecutivo a pesar de reconocer que su aplicación implica “sopesar inconmensurables”, en especial por su conflicto con el principio del trato igual, conflicto que, con todo, termina resolviendo en favor de una clemencia particularizada como preferible a la ficción de que podemos gobernar solo mediante reglas generales⁵⁹ (volveré sobre este punto enseguida).

La idea de inconmensurabilidad, en realidad, no permite argumentar racionalmente en favor de ninguno de los valores en juego y si se opta por uno de ellos la preferencia no puede considerarse racional. Por definición, si nuestra preferencia estuviera fundamentada en razones, la ponderación realizada implicaría que estamos ante valores conmensurables. Y, a la inversa, si alguien tuviera que decidir quién, entre Beethoven y Picasso, es el artista más grande, lo sensato sería que se negara a la elección diciendo que música y pintura son artes incomparables, entre las que no hay criterios comunes que permitan sopesar y comparar adecuadamente la valía de sus mejores representantes, por lo que no es posible responder a la pregunta con ningún argumento racional⁶⁰.

La vía alternativa de argumentar en favor de la clemencia en su conflicto con la igualdad asume la conmensurabilidad racional entre criterios morales. Los argumentos avanzados en esta línea son de distinta naturaleza y alcance. Sin ánimo de exhaustividad, hay argumentaciones muy abstractas que ponen en juego los grandes marcos conceptuales sobre la moral, como hace SIMMONDS cuando contrapone el punto de vista kantiano y su propia visión comunitarista: frente al primero, caracterizado por una visión de la moral como justicia generalizadora, SIMMONDS entiende la ética como reflexión culturalmente situada acerca del valor de nuestras vidas en la que la clemencia puede servir de mediación en el conflicto “potencialmente trágico” entre el caso concreto y la generalización jurídica, a la cual atribuye “un lugar importante pero subordinado en nuestras reflexiones éticas”⁶¹. No hace falta entrar en el debate de fondo entre liberalismo y comunitarismo para advertir que una conclusión como la anterior no parece en absoluto aplicable al juez (o al fiscal, o al jurado, etc.), que debe estar sometido al Derecho, y resulta muy poco atractiva y verosímil a propósito de la potestad de indulto del poder ejecutivo.

En un nivel de abstracción algo menos elevado pero de gran complejidad y sutileza, John TASIOLAS ha afrontado el conflicto de la clemencia con la justicia para defender la racionalidad de una clemencia judicial discrecional e incluso variable según la idiosincrasia de cada juez. Sin

⁵⁸ HAMPTON, «The Retributive Idea», en MURPHY/EL MISMO, *Forgiveness and Mercy*, 1988, p. 159; su ejemplo, quizá poco afortunado, es el de “un delincuente arrepentido cuyo desfalco le ha costado su carrera, su matrimonio, su estatus social, cuya vergüenza ha afectado a su salud y cuyos gastos judiciales han agotado sus ahorros”.

⁵⁹ RAPAPORT, *Chicago-Kent Law Review*, (74), 2000, pp. 1531, 1534 s.

⁶⁰ En lo anterior, no hago más que resumir ideas de DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, 2011, pp. 90 ss.

⁶¹ SIMMONDS, «Judgment and Mercy», *Oxford Journal Legal Studies*, (13/52), 1993, p. 68, donde afirma que “una sociedad tolerable, ordenada, bien puede requerir instituciones jurídicas. [...] Pero no tenemos que imaginar que esas instituciones son una expresión directa y completa de nuestras preocupaciones más básicas. [...] Debe adjudicarse al pensamiento jurídico un lugar importante pero subordinado en nuestras reflexiones éticas. Tales reflexiones deben a fin de cuentas preocuparse no de cómo tenemos que ser igualados, sino de cómo hemos de llevar vidas valiosas y significativas, dado el hecho de que nuestras identidades son inseparables de los actuales compromisos, instituciones y preocupaciones”.

embargo, si por sí sola esta conclusión no fuera inasumible, el cúmulo de presupuestos discutibles asumidos por TASIOULAS es tal que la convierte en altamente precaria. Los presupuestos son los siguientes: que para atribuir racionalidad a una decisión judicial basta “actuar por una razón subsistente [o no derrotada: *undefeated*] y no por la única mejor razón (que puede no existir)”; que ser clemente es un deber jurídico del juez derivado de un deber moral de clemencia cuando hay una razón subsistente para ello; y, en fin, que cuando el juez pueda obedecer a razones igualmente subsistentes y en conflicto tanto de justicia como de clemencia, el criterio del trato igual ante cualquier caso igual no es más que uno entre otros, con los que debe sopesarse y ante los que puede ceder. La conclusión, en favor de la clemencia, es que puede valer la pena “introducir un elemento de inconstancia en el sistema penal si ello le hace más humano”⁶². Ahora bien, si todo esto equivale a la idea de que los jueces pueden, y hasta deben, ser clementes ocasionalmente en vez de justos, lo que se concluye es que el imperio de la ley debe quedar a la discreción de los jueces, una idea que me parece nociva (sobre la ponderación del principio de igual trato volveré enseguida).

Por su parte, con una argumentación consecuencialista, Jim STAIHAR y Stephen MACEDO han tratado de eludir la perentoriedad de la idea de justicia frente a la clemencia reduciendo el conflicto al interior de la noción de lo bueno: así como el castigo no es intrínsecamente bueno, dicen, tampoco es intrínsecamente malo que un delincuente reciba un beneficio injusto, como no lo es la desigualdad en la distribución de castigos entre delincuentes con igual merecimiento⁶³. Siempre en términos de evaluación consecuencialista, estos autores rechazan la necesidad de generalización igualitaria de la clemencia por sus malas consecuencias para la prevención general y concluyen que una “política selectiva” y excepcional de actos de clemencia sería aceptable si su procedimiento de distribución fuera justo (*fair procedure*). Apuntando que una distribución al azar debida a la diversidad de actitudes de distintos jueces hacia la clemencia podría cumplir esa exigencia, su conclusión es que una clemencia por excepción puede tener “beneficios extraordinarios de mayor peso que sus costes esperados”⁶⁴. Ahora bien, la objeción fundamental a este tipo de planteamiento es que descuida la prioridad de los argumentos de justicia, que afectan al criterio categórico de corrección o incorrección, respecto de los argumentos de bondad. Si esto resulta poco persuasivo para quien no comparta que existen límites de carácter deontológico a los cálculos de mayor o menor bondad, quizá debería proponer un procedimiento mucho más imparcial que el albur judicial sugerido por STAIHAR y MACEDO: que el Estado organice una lotería semanal (o quizá mensual, según la población carcelaria) para liberar a cinco condenados y a cinco procesados, como

⁶² TASIOULAS, *Proceedings of the Aristotelian Society*, (103), 2003, pp. 124 ss., las citas textuales en pp. 129 s. Mi resumen no hace justicia a la más compleja argumentación de TASIOULAS sobre el deber de clemencia (en pp. 124 ss.) o sobre el tema de si la clemencia debería regularse legalmente, que él termina excluyendo para evitar forzar la moralidad de los jueces, si bien reconociendo el carácter conflictivo de esta cuestión y su distinta resolubilidad según diferentes tradiciones jurídicas (pp. 131 s.).

⁶³ STAIHAR/MACEDO, «Defending a Role for Mercy in a Criminal Justice System», en SARAT (ed.), *Merciful Judgements and Contemporary Society. Legal Problems, Legal Possibilities*, 2012, pp. 186 ss. El caso que estos autores proponen para mostrar que la desigualdad en el castigo no es intrínsecamente mala es el de varios delincuentes de poca monta condenados a penas leves a uno de los cuales se le castiga más severamente por error, ante lo que si la desigualdad fuera intrínsecamente mala habría que aplicar el mismo trato a los restantes. Sin embargo, el ejemplo es llamativamente poco persuasivo, porque lo que procedería en tal caso es igualar los casos enmendando el error reduciendo la condena al afectado o, si eso ya no es posible, indemnizándole. Mi objeción, sin embargo, es lateral respecto del problema más básico de la argumentación de STAIHAR y MACEDO, que señalo enseguida en el texto.

⁶⁴ STAIHAR/MACEDO, en SARAT (ed.), *Merciful Judgements and Contemporary Society. Legal Problems, Legal Possibilities*, 2012, pp. 193 s.; así como pp. 190 s.

se ha propuesto irónicamente⁶⁵, poniendo de manifiesto que tal procedimiento socavaría el significado comunicativo de la retribución penal.

En fin, un último argumento específico y aparentemente contundente gira en torno a la corrección de las injusticias, incluidas las generalizaciones indebidas de la ley, mediante una clemencia que tenga en cuenta las particularidades del caso. Avanzado también por algunos de los autores o autoras anteriores, el argumento se ha expresado de forma en apariencia convincente bajo el lema “mejor un poco de clemencia que ninguna”⁶⁶. Ciertamente, si se piensa en un campo nazi donde un guardia tiene la posibilidad de salvar de la cámara de gas a un prisionero, o en la aplicación de la pena de muerte a un menor o a un enfermo mental, reprochar ese tipo de acciones por ser no igualitarias resulta absurdo. Sin embargo, casos como estos son de corrección o evitación de una gravísima injusticia, ante los que la objeción de la desigualdad sin duda puede ser superada. En contraste, el motivo de clemencia que pretende excepcionar la igualdad no apela a un contexto de injusticia o de aplicación de la equidad aristotélica que nos exigiría corregir la ley porque de lo contrario estaríamos actuando injustamente. Y si lo que se pretende es corregir la ley no en nombre de la justicia sino de la clemencia, por definición podemos asumir que la ley no es injusta y que, por tanto, no corregirla no es actuar injustamente⁶⁷. El argumento anterior por sí solo no afirma que corregir la ley por clemencia sea injusto, pero tampoco aporta nada frente al obstáculo de que el Estado, sea a través del poder ejecutivo o, peor, de sus jueces, carece de legitimidad para tratar desigualmente los casos iguales, es decir para actuar de manera no racional y descuidando el principio de igualdad.

Para terminar, podemos volver a la observación de Jeffrey MURPHY de que el criterio *once a reason always a reason* obligaría al absurdo de generalizar cualquier caso de clemencia justificado a todos los casos similares. Si ahora se toma esta idea no como una objeción frente a la caracterización conceptual de una clemencia reglada, sino como una defensa normativa de la regulación legal de tales o cuales formas de clemencia, no habría inconveniente alguno en aceptar el criterio⁶⁸. No es en absoluto absurda sino bien juiciosa la pretensión de convertir toda clemencia en una forma de

⁶⁵ MARKEL, *Minnesota Law Review*, (88), 2004, pp. 1464 s.

⁶⁶ Así, FERGUSON, «The Place of Mercy in Legal Discourse», en SARAT (ed.), *Merciful Judgements and Contemporary Society. Legal Problems, Legal Possibilities*, 2012, pp. 58, 65, en defensa de una clemencia excepcional como remedio ante un sistema jurídico que no hace lo que debe hacer. Debe advertirse que FERGUSON afirma recoger el lema “*some mercy is better than none at all*” de Alwynne SMART, pero en realidad esta autora había reputado tal argumento como “insatisfactorio, debido a la básica percepción de justicia de que si un hombre va a ser tratado de forma leniente entonces también deben serlo todos los demás en idénticos casos” (SMART, *Philosophy*, vol. 43, (166), 1968, p. 352). Para un argumento similar al de FERGUSON, en favor de la *jury nullification* y de la clemencia ejecutiva, considerando compensado el coste de la “*inappropriate discrimination*” por la necesidad de la justicia individualizada, véase BARKOW, «*Mercy’s Decline and Administrative Law’s Ascendence*», en ROBINSON/GARVEY/KESSLER FERZAN (eds.), *Criminal Law Conversations*, 2009, p. 672. También utilizan el argumento, como hemos visto, RAPAPORT, SIMMONDS y TASIOULAS.

⁶⁷ Así, SMART, *Philosophy*, vol. 43, (166), 1968, pp. 346, 353, 358 s.

⁶⁸ Junto a lo dicho antes sobre el pluralismo valorativo y los conflictos trágicos, no tengo claro no tengo claro si la objeción de MURPHY es exclusivamente conceptual, lo que sería compatible con su crítica general al uso de la clemencia por parte del Estado y con su admisión solo en el ámbito privado, o si también tiene algún alcance normativo, aunque muy limitado y con reticencias por su habitual abuso, en la medida en que parece dispuesto a aceptarla como prerrogativa discrecional del poder ejecutivo, aunque nunca del poder judicial (MURPHY, en EL MISMO/HAMPTON, *Forgiveness and Mercy*, 1988, pp. 171 ss., esp. 174, nota 9, 179).

justicia reglada, en la que lo de menos sería que perdiera el nombre de clemencia si las razones de compasión se aplicaran con igualdad y sin discrecionalidad⁶⁹.

En esa propuesta, la figura del indulto no tendría razón de ser por razones de clemencia. Tal vez por efecto de la decadencia de la clemencia, la ley española de 18 de junio de 1870, todavía vigente, sobre “el ejercicio de la gracia de indulto”, limita el indulto total a que existan a su favor “razones de justicia, equidad o utilidad pública, a juicio del Tribunal sentenciador” (art. 11), de manera que, en una interpretación literal, las razones de compasión o humanidad, que aparecen en otras legislaciones y son omitidas en la nuestra, solo podrían ser relevantes a efectos de indultos parciales. Junto a ello, en España el procedimiento del indulto se ha convertido en innecesario para varios supuestos originariamente motivados en razones de compasión, como la enfermedad grave e incurable del condenado, que están previstos en la legislación penal y penitenciaria como causas que permiten al juez conceder la libertad condicional⁷⁰. En el caso de la pena natural, la regla legal que aquí se ha propuesto mediante la previsión de una atenuante formulada en términos de proporcionalidad seguramente debería ir perfilándose en la práctica con criterios más finos producto del deseable diálogo entre decisiones judiciales y ulteriores previsiones legales.

En definitiva, una regulación legal atenta a la clemencia y una aplicación judicial coherente constituyen la única manera en la que el Estado puede eludir el trato racionalmente inexplicable que ANSELMO DE CANTERBURY atribuía al dios que salva a algunos malos mientras condena a otros. Es cierto que en el proceso de intentar ser clemente de manera coherente con todos los casos relevantemente iguales en vez de serlo cuando le parezca oportuno, la clemencia terminaría desapareciendo como graciosa en aras de la justicia. Pero un mundo en el que la clemencia se hubiera convertido de esta manera en justicia, seguramente sería un mundo preferible al nuestro.

6. *Tabla de jurisprudencia citada*

<i>Tribunal, Sala, número y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
<i>STS, 2ª, 806/2002, de 30 abril</i>	<i>3095/2002</i>	<i>Diego Antonio Ramos Gancedo</i>
<i>STS, 2ª, 1657/2002, de 9 octubre</i>	<i>6594/2002</i>	<i>Joaquín Giménez García</i>
<i>STS, 2ª, 1387/2004, de 27 diciembre</i>	<i>8475/2004</i>	<i>Joaquín Giménez García</i>

⁶⁹ De acuerdo, HARRISON, en GROSS/HARRISON (eds.), *Jurisprudence Cambridge Essays*, 1992, pp. 120 ss.

⁷⁰ Así, el art. 91.3 del Código penal permite que el juez o tribunal conceder la libertad condicional “si el peligro para la vida del interno, a causa de su enfermedad o de su avanzada edad, fuera patente”, sin otro requisito, aparte de la debida acreditación médica, de que el penado carezca de “peligrosidad relevante”; en los preceptos anteriores se regula la libertad condicional de los internos mayores de 70 años o “enfermos muy graves con padecimientos incurables” mediante algunos requisitos más, como estar clasificado en tercer grado y haber observado buena conducta.

STS, 2ª, 307/2008, de 5 de junio	2964/2008	Enrique Bacigalupo Zapater
STS, 2ª, 575/2008, de 7 octubre	5041/2008	Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
STS, 2ª, 424/2010, de 27 abril	2901/2010	José Manuel Maza Martín
STS, 2ª, 678/2010, de 18 junio	4330/2010	Julián Artemio Sánchez Melgar
STS, 2ª, 132/2014, de 20 febrero	646/2014	Alberto Gumersindo Jorge Barreiro
STS, 2ª, 288/2016, de 7 abril	1439/2016	Francisco Monterde Ferrer
STS, 2ª, 455/2017, de 21 junio	2528/2017	Juan Saavedra Ruiz
STS, 2ª, 519/2017, de 6 julio	2740/2017	Luciano Varela Castro

7. Bibliografía

AGUSTÍN DE HIPONA, *De Civitate Dei. La ciudad de Dios*, en <http://www.augustinus.it/latino/cdd/index2.htm>.
<http://www.augustinus.it/spagnolo/cdd/index2.htm>.

ANSELMO DE CANTERBURY (2000), «Proslogium», (trad. inglesa Hopkins/Richarson), en *Complete Philosophical and Theological Treatises of Anselm of Canterbury*, The Arthur J. Banning Press, Minneapolis. Existe traducción al castellano, *Proslogion*, (trad. Ribas/Corominas), Tecnos, Madrid, 1998.

ARISTÓTELES (1990), *Retórica*, (trad. Tovar), 4ª ed., CEC, Madrid.

——— (1985), *Ética nicomáquea*, (trad. Araujo/Marías), 4ª ed., CEC, Madrid.

ARTETA (1996), *La compasión. Apología de una virtud bajo sospecha*, Paidós, Barcelona.

BACIGALUPO ZAPATER (1998), «Principio de culpabilidad, carácter del autor y *poena naturalis* en el Derecho penal actual», en OUVIÑA/VITALE/EL MISMO, *et al.*, *Teorías actuales en el Derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 131 ss.

BARKOW (2009), «Mercy's Decline and Administrative Law's Ascendence», en ROBINSON/GARVEY/KESSLER FERZAN (eds.), *Criminal Law Conversations*, Oxford University Press, Oxford, pp. 663 ss.

BECCARIA (1968), *De los delitos y las penas*, (trad. del Val), Alianza, Madrid.

BENTHAM (1802), *Traité de législation civile et pénale*, t. II, (trad. Dumont), Bossange, Masson et Besson, París (disponible en https://books.google.es/books?id=YghAAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false). Existe traducción al castellano, *Tratados de legislación civil y penal*, (trad. Salas), Editora Nacional, Madrid, 1981.

BOBADILLA (2016), «La “pena natural”: fundamentos, límites y posible aplicación en el derecho chileno», *Política Criminal. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales* (Universidad de Talca, Chile), (11-22), pp. 548 ss.

CHOCLÁN MONTALVO (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), 2002, 3499/2002.

————— (1999), «La pena natural», *Diario La Ley*, (3), 23010/2001.

CRISP (2008), «Compassion and Beyond», *Ethical Theory and Moral Practice*, (11), pp. 233 ss.

DUFF (2011), «Mercy», en DEIGH/DOLINKO (eds.), *Philosophy of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, pp. 467 ss.

DWORKIN (2011), *Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press Cambridge (Mass.).

————— (1981), «What Is Equality? Part 2: Equality of Resources», *Philosophy and Public Affairs*, (10-4), pp. 283 ss. Citado aquí en, EL MISMO, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.)-Londres, 2000, cap. 2.

FERGUSON (2012), «The Place of Mercy in Legal Discourse», en SARAT (ed.), *Merciful Judgements and Contemporary Society. Legal Problems, Legal Possibilities*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 19 ss.

FIGARI (2012), «Sobre la pena natural. Aciertos e inconveniencias», en <http://www.rubenfigari.com.ar/sobre-la-pena-natural-aciertos-e-inconveniencias/>, (4).

HAMPTON (1988), «The Retributive Idea», en MURPHY/HAMPTON, *Forgiveness and Mercy*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 111 ss.

HARRISON (1992), «The Equality of Mercy», en GROSS/HARRISON (eds.), *Jurisprudence Cambridge Essays*, Clarendon Press, Oxford, pp. 107 ss.

HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, «Sobre el indulto. Razones y sinrazones» (manuscrito).

HOBBS (1989), *Leviatán. La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, (trad. Mellizo), Alianza, Madrid.

JESCHECK/WEIGEND (2002) *Tratado de Derecho penal. Parte General*, 5ª ed. (trad. Olmedo Cardenete), Comares, Granada.

KANT (1977), *Die Metaphysik der Sitten*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno. Existe traducción al castellano, *La metafísica de las costumbres*, (trads. Cortina/Conill), Tecnos, Madrid, 1989.

KENT (2016), «La razonabilidad de la pena natural: ¿una abstrusa alternativa?», *Revista de Derecho Penal y Criminología* (Buenos Aires), noviembre, pp. 1 ss.

MARKEL (2004), «Against Mercy», *Minnesota Law Review*, (88), pp. 1421 ss.

MATA Y MARTÍN (2016), *Fundamentos del sistema penitenciario*, Tecnos, Madrid.

MURPHY (1988), «Mercy and legal justice», en EL MISMO/HAMPTON, *Forgiveness and Mercy*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 162 ss.

NICOLÁS GUARDIOLA (2011), *Development of the European Penitentiary Policy-Evolución de la política penitenciaria europea*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor.

RAPAPORT (2000), «Retribution and Redemption in the Operation of Executive Clemency», *Chicago-Kent Law Review*, (74), pp. 1501 ss.

REDONDO HERMIDA (2009), «La “pena natural” en la jurisprudencia penal española», *La Ley Penal*, (61).

RISTROPH (2012), «Actions of Mercy», en SARAT (ed.), *Merciful Judgements and Contemporary Society. Legal Problems, Legal Possibilities*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 205 ss.

ROBINSON (2012), «Mercy, Crime Control and Moral Credibility», en SARAT (ed.), *Merciful Judgements and Contemporary Society. Legal Problems, Legal Possibilities*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 99 ss.

RUIZ MIGUEL, A. (2017), «Gracia y justicia: el lugar de la equidad», *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho* (Lima), (79), pp. 77-98 (también en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp>).

SÉNECA (2007), *Sobre la clemencia*, (trad. Codoñer), 2ª ed., Tecnos, Madrid.

SILVA SÁNCHEZ (2014), «¿Puede considerarse el remordimiento una ‘poena naturalis’?», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (3) (www.indret.com/pdf/editorial.2_7.pdf).

SIMMONDS (1993), «Judgment and Mercy», *Oxford Journal Legal Studies*, (13/52), pp. 52 ss.

SMART (1968), «Mercy», *Philosophy*, vol. 43, (166), pp. 345 ss.

STAIHAR/MACEDO (2012), «Defending a Role for Mercy in a Criminal Justice System», en SARAT (ed.), *Merciful Judgements and Contemporary Society. Legal Problems, Legal Possibilities*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 138 ss.

TASIOULAS (2003), «Mercy», *Proceedings of the Aristotelian Society*, (103), pp. 101 ss.

WALKER (1995), «The Quiddity of Mercy», *Philosophy*, (70), pp. 27 ss.

ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR (2005), *Manual de Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires.