CEFD

Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho

| ARTÍCULO

¿Cuándo el arrepentimiento puede disminuir el castigo penal?•

When Can Repentance Mitigate Criminal Punishment?

Manuel Francisco Serrano
Universidad Nacional de San Luis
Argentina
ORCID: 0000-0002-1515-2395

Fecha de recepción 09/04/2023 | De aceptación: 21/11/2023 | De publicación: 22/12/2023

RESUMEN

En la literatura jurídico penal, el arrepentimiento cobra relevancia en un lugar específico: la condena, más precisamente, en la determinación de la pena del sujeto que ha sido encontrado responsable por la comisión de un delito y que, a su vez, se encuentra arrepentido por su accionar. Desde la concepción comunicativa del castigo, en este trabajo contestaré las siguientes preguntas: ¿El arrepentimiento significa un menor reproche penal o es indiferente para la determinación de la pena? en caso de que implique un acercamiento al castigo mínimo establecido en la legislación ¿Cuándo es razonable que esto suceda?

PALABRAS CLAVE

Arrepentimiento; reproche; castigo.

ABSTRACT

In the criminal law literature, repentance becomes relevant in a specific context: conviction, more precisely, in determining the penalty of an individual who has been found responsible for the commission of a crime and who, in turn, expresses remorse for their actions. From a communicative conception of punishment, this paper addresses the following questions: does repentance mean a lesser criminal reproach, or is it indifferent to the determination of the penalty? If it implies an approach to the minimum punishment stipulated by legislation, when is it reasonable for this to occur?

KEY WORDS

Repentance; Reproach; Punishment.

• Agradezco a Facundo García Valverde por instarme a escribir el presente trabajo y a Guillermo Lariguet por los comentarios realizados a borradores previos.

Sumario: 1. Introudcción; 2. El concepto de arrepentimiento; 3. El arrepentimiento en el derecho penal; 4. El delincuente arrepentido; 5. Los problemas que el arrepentimiento presenta en el derecho penal; 5.1. La vinculación del arrepentimiento con la religión; 5.2. El falso arrepentimiento; 5.3. Tensión con el retributivismo; 6. Conclusiones; 7. Bibliografía.

1. Introducción

En el derecho penal, el concepto de arrepentimiento cobra relevancia en un lugar específico: la condena, más precisamente, en la determinación de la pena del sujeto que ha sido encontrado responsable por la comisión de un delito. En efecto, tanto en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, el arrepentimiento es valorado positivamente, de manera tal que es pensado como una atenuante, una figura que disminuye la pena en abstracto y hasta una condición para la eximición de pena.

En este trabajo me enfocaré en la relación entre el arrepentimiento y la determinación de la pena teniendo en cuenta el marco penal establecido para el delito por el cual el sujeto ha sido declarado culpable. En otras palabras, el foco del trabajo estará puesto en aquellos sujetos que son culpables del delito cometido y así han sido reconocidos por un tribunal; sin embargo, al momento de determinar la pena que merecen por este delito, el tribunal también reconoce que el acusado se encuentra profundamente arrepentido por su conducta delictiva. Ante este panorama, mi objetivo será responder las siguientes preguntas: ¿El arrepentimiento significa un menor reproche penal o es indiferente para la determinación de la pena? en caso de que implique un acercamiento al castigo mínimo permitido ¿Cuándo es razonable que esto suceda?

Para ello, comenzaré caracterizando al arrepentimiento y mostraré cómo se relaciona con otras emociones, como la culpa y el remordimiento. Luego, me enfocaré en cuál es el rol que adquiere en el derecho penal. Partiendo de una perspectiva comunicativa del castigo, reconstruiré la relación entre el arrepentimiento y la reforma (o auto-reforma) del carácter del delincuente, el resarcimiento y el perdón de la víctima. Como un correlato necesario, abordaré el problema del delincuente que se encuentra plenamente arrepentido antes del dictado de condena. Por último, responderé a los principales obstáculos que se suelen presentar al considerar el arrepentimiento como un rol importante en el derecho penal de corte liberal: su vinculación con la religión, el falso arrepentimiento y su tensión con el retributivismo.

2. El concepto de arrepentimiento

El arrepentimiento puede ser entendido como un grupo de respuestas por parte del agente que incluye: a) la experiencia de culpa o remordimiento por su obrar incorrecto; b) la voluntad de resarcir a la víctima y la comunidad; c) la aceptación del castigo infringido; d) la decisión sincera de modificar sus actitudes y comportamientos; y, como producto de este proceso, e) una reforma de su carácter o forma de vida (Tasioulas 2006, p. 305).

Como explica Jeffrie Murphy[1] (1998, p. 65), el arrepentimiento presenta dos dimensiones: una interna o subjetiva y otra externa o social. En la primera, el arrepentimiento es entendido como el acto mental por medio del cual el agente acepta su responsabilidad, repudia el mal y se decide a eliminarlo. La segunda dimensión, por su parte, adquiere importancia en tanto el objeto del arrepentimiento (el daño injusto) como la decisión de cambiar el carácter y enmendar el daño causado, tienen fundamento en el reconocimiento de que se ha afectado a una víctima – ya sea un sujeto particular o la comunidad – y se desea corregir el comportamiento dañoso.

Es gracias a la dimensión social que el arrepentimiento adquiere importancia en el derecho y, particularmente, en el ámbito penal donde la conducta y el carácter del agente[2] son analizadas - antes, durante y después del delito - a fin de determinar si ha causado un daño ilegítimo hacia otra persona. El proceso penal con el consiguiente castigo – derecho de ejecución penal – se constituye como una empresa comunicativa dirigida a los ciudadanos, *qua* agente morales racionales, en tanto son llamados a responder y – en su caso – a defenderse de las acusaciones por los delitos que se cree que cometieron. Si recae un castigo sobre el agente, la condena busca comunicarle que su delito ha sido digno de reproche y que se espera que él, como miembro pleno de la comunidad, entienda y acepte que dicha reprobación está justificada (Duff 2001, pp. 80–82). De esta manera, con la pena se comunica a la víctima que su estatus de agente que demanda una respuesta ante el delito es vindicado; a las potenciales víctimas, esto provee una garantía de que los derechos y valores aceptados son protegidos por la ley penal; y, para quien comete

[1] Este autor brinda una conceptualización semejante, en tanto entiende al arrepentimiento como "la aceptación de la responsabilidad por las acciones injustas y dañinas que el agente ha realizado, el repudio de los aspectos de su carácter que generaron estas acciones, la resolución de hacer lo mejor posible para extirpar esos aspectos del carácter y de expiar o enmendar el daño realizado" Murphy (1998, p. 65). La traducción me pertenece.

[2] Con esto no pretendo adscribir un posicionamiento cercano a lo que se conoce como derecho penal de autor y sus derivados. Por el contrario, se encuentra aceptado a nivel doctrinario y en el ámbito filosófico que el carácter del agente, en términos amplios, debe evaluarse siempre que se encuentre vinculado con el delito que se está juzgando. De esta manera, conceptos como ensañamiento, alevosía, odio, placer, codicia y condiciones personales, por nombrar algunos que se encuentran presentes en nuestros sistemas normativos, implican análisis acerca del carácter del agente.

un delito, el castigo implica censura, un tratamiento duro en orden de asegurarse que la sociedad sepa que no se aceptan los delitos.

Desde una perspectiva diferente, Claudia Card (2002, pp. 169–173) plantea que el arrepentimiento funciona como un residuo moral. Adaptando la conceptualización de Bernard Williams (1987) – cuya idea de residuo surge luego de reconocer que los conflictos morales no pueden evitarse ni tampoco pueden disolverse sin dejar residuos – entiende que estos residuos son sentimientos rectificadores de un error no expiado, una deuda impaga o un problema no solucionado. En otras palabras, constituyen un llamado de atención acerca de que no todo se ha hecho correctamente o que no todo es como debería ser. Revelan valores importantes de un agente que ha actuado mal, o se identifica con una mala acción o un estado de cosas incorrectas, o los de un beneficiario incapaz de retribuir beneficios. Los residuos pueden sobrevivir tanto a la acción rectificadora como a las decisiones difíciles en situaciones complejas en las que, inevitablemente, algunos son agraviados o reciben menos de lo que les corresponde y lo mejor que se puede hacer es buscar el resultado menos indeseable.

En este punto Card parece darle primacía a la dimensión interna del arrepentimiento, en tanto lo entiende como un residuo moral con una fuerte presencia de una perspectiva psicológica. La noción de residuo moral puede ser entendida desde dos perspectivas: una normativa y otra psicológica. Mientras que en la primera el foco se encuentra en la obligación que se dejó de lado para preferir su alternativa en el conflicto; en la segunda se apela a categorías de culpa o de remordimiento y el componente cognitivo vinculado al conocimiento del agente sobre su responsabilidad en la obligación que no se cumplió (McConnell 2022).

Independientemente de la corrección de la postura de Card[3], con este planteo la filósofa norteamericana da cuenta de la importancia de los componentes afectivos en el arrepentimiento. En efecto, el pesar que recae sobre la conciencia del agente por el mal causado es reconocido por los tres filósofos como el primer elemento característico del arrepentimiento. Por otro lado, esta emoción también presenta

[3] No es mi intención ingresar a esta discusión que excede por demás este trabajo. Simplemente, quiero recordar a Guillermo Lariguet (2008, pp. 184–185) quien, en un trabajo vinculado al problema de los dilemas, explicó que el enfoque normativo del residuo moral debe preferirse. A su vez, esto no significa desconocer la posibilidad del residuo psicológico, sino que este puede tener una función contingente. Esto es así porque el agente, por diferentes razones, puede haber tomado una decisión que no le deja ningún pesar en la conciencia; también porque el agente puede mantener anestesiada su conciencia y no es lo mismo tener conciencia de un acto, que tener conciencia moral del mismo; y porque estas emociones pueden estar presentes por acciones u omisiones no vinculadas a dilemas.

componentes cognitivos, en tanto surge de reconocer el daño realizado hacia otra persona, el deseo de resarcirla y la decisión de no reiterarlo.

Reconocer estos dos componentes permite entender con mayor claridad la relación existente entre el arrepentimiento, la culpa y el remordimiento. Si bien, *prima facie*, los tres presentan componentes afectivos diferentes, el componente cognitivo suele coincidir. De aquí que se pueda hablar de un parecido de familia entre ellas.

En diversos trabajos, Martha Nussbaum caracteriza a la culpa como un tipo de ira dirigida hacia uno mismo y enfatiza la necesidad de distinguir la culpa de la vergüenza. Es un tipo de ira porque constituye una reacción ante la percepción de que se ha cometido una injusticia o se ha causado un daño. A su vez, la culpa, por sí misma, reconoce los derechos de los demás ya que busca una restauración completa del objeto dañado o la persona afectada (Nussbaum 2004, pp. 207-208).

Ahora bien, con respecto a la vergüenza, si bien ambas emociones son dolorosas y se dirigen hacia uno mismo, deben distinguirse claramente una de otra. Para empezar, la culpa es retrospectiva y se corresponde con el acto por el cual se ha cometido una injusticia o se ha causado un mal; la vergüenza, por el contrario, se dirige al estado presente de la persona y, por lo general, se encuentra enfocado en alguna característica o cualidad del sujeto. Mientras que en la culpa el agente reconoce que ha realizado algo malo; en la vergüenza lo que la persona reconoce es que es inferior y que no alcanza la medida de cierto ideal deseado. Por último, mientras la respuesta natural de la culpa es la disculpa y la reparación; en la vergüenza es el ocultamiento[4] (Nussbaum 2013, pp. 360–361).

El remordimiento, por su parte, puede ser pensado como "una culpa más profunda". En efecto, la culpa permite abrazar una diversidad de situaciones en las cuales uno ha obrado de manera incorrecta y siente la necesidad de corregir las consecuencias de su conducta[5]. Estas situaciones pueden abarcar desde el

[4] En una obra posterior, Nussbaum (2016, pp. 129-131) explicará que no necesariamente la culpa sea esencialmente constructiva en términos sociales, ni tampoco que sea el camino exclusivo para lograr corregir nuestros compartimientos incorrectos ni para ayudar a los demás. Sentir dolor por el compartimiento incorrecto puede ser positivo, pero se consiguen mejores resultados a través de emociones positivas, como el amor y la compasión.

[5] Jesús-María Silva Sánchez (2018, pp. 131–132) explica que el remordimiento, se compone por dos aspectos: el cognitivo, que es el reconocimiento de haber obrado mal; y el emocional, que es el sentimiento de culpa – extrema, agregamos nosotros – el peso de esa obra sobre la conciencia. Esto conlleva el cambio de perspectiva del agente por el de la víctima dañada, del orden vulnerado o de ambos. Si no sucediera esto – y el agente mantuviera su punto de vista – entonces tenderá a construir una autojustificación que lo tranquilice moralmente. En otras palabras, el remordimiento sólo se hará presente si el agente puede figurarse el daño que ha cometido y lo reconoce y valora de manera negativa.

incumplimiento de una promesa u obligación (v-g- no poder asistir a una cita, a una cena u olvidarme de saludar a un amigo para su cumpleaños) hasta la comisión de algunos delitos graves. Sin embargo, al hablar de remordimiento, difícilmente utilicemos este concepto para referirnos al olvido de un cumpleaños. Este concepto suele encontrarse reservado para capturar aquellos sentimientos poderosos de culpa que se asocian apropiadamente a errores y daños graves (Murphy 2007, p. 430).

Ahora bien, la diferencia entre culpa y remordimiento no es únicamente de grado. En el remordimiento existe una especie de desesperanza que atraviesa la conciencia. Además de la culpa, involucra la idea de que el mal que se ha causado es tan profundo que no puede repararse. No importan las acciones posteriores que se realicen, la idea de resarcir o corregir el daño no se presenta como una posibilidad real. Son casos en los cuales se ha infligido tal horror a la víctima que no permiten pensar en una expiación. Mientras que puedo ofrecer a mi amigo un regalo de cumpleaños y una visita en otro momento como compensación por mi falta; difícilmente pueda pensar en una compensación o penitencia adecuada ante un daño de suma gravedad hacia otra persona (ni hablar de compensar un homicidio con los familiares de la víctima). Incluso si se pensara en autoimponerse un sufrimiento similar, al estilo del "ojo por ojo", el remordimiento seguiría presente ya que esta penitencia obedece a una elección del propio sujeto, algo que se le negó a la víctima (Murphy 2007, p. 430-431).

Como se observa, tanto en el arrepentimiento como en la culpa y el remordimiento, el componente cognitivo se caracteriza por el hecho de que el agente reconoce haber realizado una conducta incorrecta. A su vez, a nivel afectivo, el agente experimenta pesar por esta conducta. Ahora bien, la distinción entre cada emoción se observa en qué hace el agente con esos dos componentes. Mientras que el sentimiento de culpa mueve al agente hacia el pedido de disculpas y la reparación del mal causado; el remordimiento bloquea esta posibilidad, no porque el agente no quiera redimirse, sino porque el mal causado no puede ser compensado, ni siquiera pensando en casos extremos de penitencia. El arrepentimiento, por su parte, constituye una emoción menos trágica que el remordimiento y más significativa que la culpa. Esto es así porque se preocupa por no repetir esta conducta. De aquí la importancia de la decisión de modificar las actitudes, los comportamientos, el carácter y la forma de vida. Por otro lado, el arrepentimiento adquiere valor social en tanto acepta el castigo correspondiente. En efecto, no busca solucionar algo para superar el sentimiento de pesar (como en la culpa), más bien reconoce que se actuó mal y por ello acepta el castigo que le corresponde. Como consecuencia de esto, y con la intención de no reiterar su conducta o continuar dañando a otros, repudia el mal modificando sus prácticas.

Por último, no es menor mencionar el valor intrínseco que posee el arrepentimiento. En primer lugar, el arrepentimiento es la respuesta emocional intrínsecamente correcta del sujeto por su conducta incorrecta. Este sujeto es un agente moral responsable ya que puede captar los valores morales que se le aplican y tiene la capacidad de discernir y actuar conforme las razones para la acción que generan. Al cometer un daño a otra persona, reconoce que transgredió estos valores, violentando su propia naturaleza de agente moral responsable. De aquí que la respuesta apropiada para esto sea la expiación, a fin de adecuarse a los valores transgredidos (Tasioulas 2007, pp. 492-493).

En segundo lugar, el arrepentimiento es intrínsecamente valioso en tanto implica relaciones interpersonales. En efecto, quien daña a otros no enfrenta las demandas sociales en aislamiento. Es un sujeto que convive con otros y con los cuales comparte valores morales. De esta manera, quien comete un daño transgrede estos valores compartidos y, por lo tanto, se aliena de las comunidades relevantes en las que participa. Por ello es que al arrepentirse se reintegra con estos valores y trabaja para reincorporarse a las comunidades a las cuales pertenece. Aquí entran en juego el perdón de los ofendidos y la recuperación de la confianza. Esta cuestión, como se verá más adelante, no necesariamente es plena ya que un retorno completo al *status quo* anterior puede no ser posible en tanto depende del juicio discrecional de otras personas (Tasioulas 2007, pp. 493-494).

3. El arrepentimiento en el derecho penal

El arrepentimiento se caracteriza por presentar una dimensión interna en la cual el agente acepta que es responsable por haber cometido un daño a otra persona, repudia esa conducta incorrecta y decide no reiterarla. La dimensión externa, por su parte, se hace presente en tanto la decisión de cambiar el carácter y enmendar el daño tiene fundamento en el reconocimiento de que se ha afectado a una víctima y se desea corregir el comportamiento dañoso. En otras palabras, nos encontramos ante una emoción cuyo centro radica en la importancia que se le otorga al interés de no volver a cometer la conducta dañina. Como se verá a continuación, este interés debe encontrarse correctamente dirigido: las prácticas y el carácter del agente deben modificarse para no volver a causar daño. Es por ello que el sujeto arrepentido no desprecia el castigo merecido como responsable del hecho.

El arrepentimiento tiene cierta importancia en el derecho penal, donde entran en consideración las conductas anteriores, durante y posteriores al delito. Por otro lado, el proceso penal – al menos en su arquitectura liberal del sistema acusatorio – permite que, tanto víctimas como victimarios puedan

comunicar cómo se sienten. Los pedidos de disculpas y el otorgamiento del perdón (o la opción de no hacerlo), como así también las respuestas emocionales como la culpa, la vergüenza, el arrepentimiento y el resentimiento indican cómo los sujetos valoran lo que se hizo y lo que se sufrió. De esta manera, el proceso penal permite ver la imagen que los sujetos tienen de sí mismos y de los demás a raíz del hecho delictivo (Card 2002, p. 168).

Sin embargo, en este trabajo interesa una parte del proceso penal: la determinación de la pena. Estamos frente a sujetos responsables de la comisión de un delito que deben ser castigados. La condena que se determine buscará comunicar al sujeto que su delito ha sido digno de reproche y que se espera que él, como miembro pleno de la comunidad, entienda y acepte que dicha reprobación está justificada; y, con respecto a la víctima, la condena comunicará que su estatus de agente que demanda una respuesta ante el delito es respetado.

Cuando el agente acepta que su castigo se encuentra justificado, reconoce que su conducta fue incorrecta y es en este reconocimiento que se vislumbra el rol del arrepentimiento en el castigo. En efecto, el agente reconoce y se hace cargo que no debería haber cometido la conducta incorrecta. En otras palabras, no busca negar el hecho – como podría ser una persona que hace todo lo posible para engañar al tribunal o a la sociedad acerca de su participación en el delito – ni tampoco presenta excusas – como podrían ser los ejemplos de aquellos sujetos que apelan al consumo de alcohol o cierta ira que los indujo a actuar de manera delictiva – sino que reconoce y admite (ante sí mismo y ante los demás) que actuó incorrectamente. Con la imposición de una pena se espera que la persona se arrepienta de su accionar incorrecto (Duff 2001, p. 107). El castigo penal puede ser constitutivo del proceso de arrepentimiento en la medida en que el agente se arrepiente a través de sufrir el castigo – siempre y cuando se encuentre justificado. Esto no significa que se debe castigar hasta que el sujeto se arrepienta. Por el contrario, el castigo debe estar dirigido hacia esa finalidad, teniendo presente la proporcionalidad del reproche merecido (Tasioulas 2007, pp. 494–497).

Como consecuencia del arrepentimiento surge la reforma del carácter. De manera más precisa, aquí corresponde hablar de un compromiso de *autoreforma*, toda vez que un sistema penal liberal no puede ponerse como objetivo el modificar el carácter de los agentes. Si el agente reconoce y se arrepiente de sus acciones delictivas, entonces acepta que debe evitarlas en el futuro. El castigo tiene como objetivo la reforma del agente, no como un objeto de nuestros deseos acerca de cómo debería ser, sino para

persuadirlo de que necesita cambiar. Además, el arrepentimiento no involucra tanto el *cómo* debo cambiar, sino más bien el *qué* debo cambiar (qué tipo de cambios debo hacer en mis actitudes, comportamientos y cómo debo hacerlos) (Duff 2001, pp.108-109).

Con respecto a la reparación del daño, existe un acuerdo – en el ámbito penal – acerca de que esta reparación no implica un resarcimiento en los términos del derecho de daños. No necesariamente el victimario debe cubrir los distintos rubros que componen el resarcimiento, tales como el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral, entre otros. Para evaluar la reparación suelen tenerse en cuenta dos factores: la autonomía de la víctima y las posibilidades materiales del victimario para afrontar la reparación. Generalmente, en los procesos penales donde ha habido o se ofrece alguna reparación, la voluntad de la víctima adquiere un rol fundamental. Esto es así porque a la víctima, en tanto una de las principales interesadas en la conclusión del proceso, se le debe respetar su decisión en torno a la aceptación (o no) de la reparación. El otro aspecto se vincula con las posibilidades materiales del victimario de reparar el daño. Muchas veces el agente comete un daño material que no puede reparar (por ejemplo el robo y la destrucción de un automóvil); sin embargo, ofrece una reparación o un plan de reparación que implica un gran esfuerzo para él. Sobre este punto, el juego de estos dos elementos bajo la luz de la razonabilidad puede ser una guía importante para las decisiones judiciales.

Un aspecto adicional que se puede incorporar como consecuencia del arrepentimiento es la reconciliación con la víctima. El concepto de reconciliación se encuentra constituido por: a) una relación previa, ya sea de amistad, de pareja, institucional o – más general – una relación social basada en la confianza; b) la ruptura de esa relación ya sea por culpa de uno, algunos o todos los que son parte de esta relación; c) el reconocimiento del error por parte de los que obraron mal; d) el perdón de la parte ofendida; y e) el restablecimiento de la relación. Ahora bien, el valor deóntico que tiene la reconciliación es facultativo; es muy difícil pensar una situación donde el agente se vea obligado a reconciliarse con su ofensor. Por el contrario, reconocemos que hay ciertas ofensas que son claramente imperdonables[6] o, cuando se cumplen los puntos a) a d) (es decir, cuando hay un reconocimiento del error y un perdón por parte del

[6] Más aún, al momento de pensar el perdón, inmediatamente se lo reconoce como una virtud. El agente que puede perdonar es considerado virtuoso o, cuanto menos, que ha obrado de una manera que exigió rectitud de carácter.

Por otro lado, como afirma Card (2002, pp. 174–175) aunque el perdón no se puede imponer, uno puede tener la culpa de no perdonar cuando lo soliciten quienes han hecho todo lo posible para expiar su conducta. Este tema excede por demás el presente trabajo, por lo que no continuaré abordándolo aquí y me limitaré a utilizar la conceptualización del perdón que se otorgó.

ofendido) la relación ya no puede restablecerse porque la confianza se ha quebrado (Serrano 2022, p. 874).

Tanto la reparación del daño como la reconciliación con la víctima no pueden ser exigencias *sine qua non*[7]. Hay conductas que simplemente no admiten reparación o cuyo daño es inconmensurable, tal como una muerte ¿Cómo se podría reparar la muerte de una persona a causa de una conducta delictiva o incorrecta? Es una pregunta que lejos se encuentra de ser respondida, por lo menos en términos generales, porque los criterios a tener en cuenta se muestran inabarcables por una argumentación clara y racional[8].

Ahora bien, esto no quita importancia al perdón[9]. En caso de que no se logre el perdón interpersonal – de la víctima o de los afectados – es necesario que el agente se auto-perdone. El auto-perdón es un proceso teleológico por el cual hacemos las paces con nosotros mismos por los errores cometidos, lo cual es esencial para mantener nuestra agencia moral[10]. Luego de realizar una acción moralmente incorrecta, es necesario reconocer y aceptar nuestras imperfecciones, y perdonarnos por ello. Esto no significa crear excusas o racionalizar nuestros errores, ni caer en la resignación, sino que implica una actitud optimista para cambiar nuestras acciones y carácter. Este cambio surge de reconocer que mi acción incorrecta tiene como causa mi carácter personal, comportamientos o disposiciones actitudinales que deben ser modificados (Snow 1993, pp. 75–77).

Como afirma Nancy Snow, el auto-perdón puede presentarse como el "segundo mejor" o subsidiario al perdón intersubjetivo, cuando este último no se puede lograr y es necesario recuperar la capacidad de ser un agente moral luego de haber dañado a otros (Snow 1993, pp. 7–80). De aquí que el auto-perdón se encuentre profundamente relacionado con el arrepentimiento, pero no necesariamente debe encontrarse logrado por la persona; puede suceder que el accionar incorrecto sea de tal gravedad que el mismo agente se niegue a perdonarse, aunque el resto de las personas lo haga. Esto suele suceder en casos en los cuales

[7] Un problema adicional a esto se vincula con la razonabilidad del perdón ¿Hasta dónde es razonable no perdonar a un delincuente verdadera y profundamente arrepentido? Esta es una pregunta que excede los límites del presente trabajo y que requiere un abordaje independiente.

[8] Si bien el derecho de daños se preocupa por reconocer, justificar y cuantificar los diferentes tipos de daños que son pasibles de resarcimiento, hay acuerdo acerca de que no todo daño puede ser cuantificable, ni que el sufrimiento o sus derivados (daño moral, psíquico, afectivo, etc.) pueda ser compensado con dinero.

[9] Para Card (2002, p. 174) el perdón interpersonal consiste en 1) la renuncia de la hostilidad hacia el delincuente; 2) una preocupación compasiva hacia él; 3) la aceptación de las disculpas y el reconocimiento de su arrepentimiento; 4) la diminución del castigo, siempre que tenga la facultad para ello; y 5) la oferta de renovar la relación o comenzar una nueva.

[10] Es importante destacar que la idea de auto-perdón no se encuentra aceptada sin objeciones. Filósofas como Hannah Arendt (1998, pp. 236-243) no dudan en afirmar que el perdón es esencialmente interpersonal y, como tal, pierde todo sentido si se lo vuelve unilateral.

el agente es responsable de un daño severo en contra de un ser querido. Los casos de pena natural por delitos de imprudencia son ejemplos de estas situaciones. Estos, generalmente, son casos de accidentes automovilísticos, en los cuales, por culpa del conductor, sus acompañantes – personas muy cercanas a él, como familiares o amigos – pierden la vida o sufren daños severos. En estos casos, los agentes suelen contar con el entendimiento y perdón de los familiares y entorno cercano de la víctima, sin embargo, ellos mimos no logran perdonarse. Generalmente, deben someterse a estrictos tratamientos psicológicos y psiquiátricos que los ayudan a afrontar esto (Serrano 2022, pp. 874–875).

4. El delincuente arrepentido

Teniendo presente la estructura conceptual del arrepentimiento, sus relaciones con otras emociones y el rol que adquiere en el derecho penal, surge una pregunta fundamental en este trabajo: ¿qué sucede con las personas que, antes de que sean condenadas, ya se encuentran arrepentidas? Tasioulas (2006) reconoce dos grupos de respuestas contrapuestas: la indulgente y la estricta.

Para la postura indulgente, tenemos muy buenos razones para no castigar (o aplicar una pena menor a la que le correspondería) al sujeto que se encuentra arrepentido por la comisión de un delito, ya que el arrepentimiento impacta en nuestra valoración del reproche que merece su conducta[11]. Un claro defensor de esta postura es Robert Nozick (1981, p. 385) para quien el delincuente sinceramente arrepentido merece un castigo menor que el delincuente no arrepentido. Más aún, el filósofo norteamericano acude al ejemplo de un sujeto que, antes de ser condenado, se arrepiente, repara los daños causados a las víctimas y realiza tareas sociales con el fin de hacer un mundo mejor. En este caso – afirma Nozick – no habría razones para castigar. El castigo no tendría una función que cumplir en tanto que la persona ya se encuentra conectada con los valores correctos.

Esta postura adquiere sentido en tanto se posiciona en un retributivismo instrumental. Aquí, el arrepentimiento adquiere un rol fundamental en la finalidad del castigo. La pena, *qua* respuesta ante la comisión de un delito, tiene como finalidad que el delincuente se arrepienta de su conducta. Si el sujeto logró un arrepentimiento genuino entonces el castigo no tendría razón de ser y por lo tanto devendría en irracional.

[11] Una razón intuitiva a esto es brindada por Alwynne Smart (1968, p. 357) al afirmar que no nos parece igual el caso de un sujeto que obró incorrectamente y se arrepiente por ello, que el caso de un sujeto que, luego de haber obrado mal no acepta su accionar incorrecto y continua su vida sin modificar sus prácticas o su carácter. El segundo, *prima facie*, merecería un reproche mayor que el primero.

Este ejemplo al que acude Nozick tiene la clara finalidad de problematizar nuestras concepciones en torno a la pena. Difícilmente se podría equiparar al sujeto genuinamente arrepentido con uno que se encuentra convencido de que tenía derecho a v-g- golpear a su jefe por haberle gritado. Sin embargo, también es cierto que el arrepentimiento – por sí solo – difícilmente puede ser pensado como un elemento que permita la disminución de la pena. Esto es así porque existen casos en los cuales el arrepentimiento juega un rol muy limitado en relación al tipo de delito que se cometió. En los delitos atroces, en los cuales el agente ha causado un daño inconmensurable o de tal gravedad que sus efectos afectan profundamente a las víctimas, que el agente se muestre arrepentido puede ser pensado como una pequeña parte de la narrativa que se deba tener en cuenta para la determinación de la pena. Piénsese en aquellos sujetos que – como durante la última dictadura en Argentina (1976–1983) – idearon y ejecutaron torturas, desapariciones forzadas de personas, asesinatos y apropiaciones de bebés de manera clandestina a la vez que se valían del monopolio de la fuerza estatal. En este caso, el arrepentimiento – que claramente no existió, ya que en los juicios en su contra, los acusados se mostraron orgullosos de su accionar[12] – difícilmente podría implicar una disminución significativa del castigo.

El elemento que impide pensar el arrepentimiento como un factor que vuelve al castigo innecesario en estos casos es la proporcionalidad. Como se dijo anteriormente, el principio de proporcionalidad funciona como un requisito para que el castigo sea justo ya que la severidad del castigo comunica la severidad de la reprobación: a mayor castigo, mayor reprobación (Duff 2001). En los delitos atroces, entonces, la reprobación es tal que el castigo suele implicar las penas más elevadas, la disminución de ciertas oportunidades (como la disminución de pena por estudios o trabajo) y la negación de ciertos beneficios (como las salidas transitorias o la libertad bajo palabra).

En el ámbito del derecho penal, existe un acuerdo generalizado acerca de que el cálculo de la pena se realiza sobre la culpabilidad del acusado y la lesividad de su conducta. No se trata de una opción excluyente, sino que deben ser tenidos en cuenta ambos elementos y con ellos la perspectiva de la víctima cobra fuerza. En otras palabras, el principio de proporcionalidad adquiere importancia en la perspectiva que entiende que el castigo penal debe ser proporcional al reproche, el cual comprende al delincuente y

[12] Es un aspecto interesante a tener en cuenta que en los diferentes juicios por delitos lesa humanidad que se han celebrado en Argentina, ninguno de los acusados se mostró arrepentido. Luego de producidos los alegatos, al momento de decir algunas palabras previas al dictado del veredicto, los acusados brindaban discursos en los que justificaban su conducta. La idea de una guerra contra la subversión, la protección de la patria y el cumplimiento de órdenes tal como lo dictaba su deber, suelen ser las excusas a las cuales apelan.

a la víctima, toda vez que algunas conductas delictivas – como matar o herir – son definidas – al menos parcialmente – en términos del impacto efectivo hacia otras personas, independientemente del modo en que le parecieron al autor (Gardner 2007, pp. 245–250).

De esta manera, el arrepentimiento que impacta en la determinación de la pena es aquel que es significativo en relación con el delito cometido. Es por esta razón que, en el caso de los delitos más graves, no basta con una mera disculpa, sino que es necesario que el castigo se haga patente y que el agente ocupe su tiempo en el cumplimiento de la penitencia punitiva. Los delitos atroces, como los de lesa humanidad, no pueden ser perdonados sin más. En estos casos, la comunicación del reproche se vuelve necesaria en tanto se hace público el carácter de agente de la víctima que demanda una respuesta ante el delito a la vez que se afirma que los derechos y valores aceptados son protegidos por la ley penal.

Ahora bien, al alejarnos de este tipo de delitos y acercarnos más hacia aquellos que presenta penas menores, el arrepentimiento sí se presenta como un elemento habilitante para disminuir la pena. Los ejemplos típicos de esto son los delitos culposos, caracterizados por ser cometidos por imprudencia, negligencia o impericia. Aquí, los delincuentes no buscaron el resultado delictual – como los dolosos – de aquí que el reproche – y, en consecuencia, el castigo - sea menor[13].

Sin embargo, esto no significa que el castigo deba limitarse a los casos culposos. Dado que, además del arrepentimiento, el punto importante radica en la proporcionalidad, no habría ningún inconveniente en pensar en un agente que se arrepiente de haber cometido un delito doloso. Para que el arrepentimiento tenga fuerza debe ser proporcional al daño cometido. Existen ciertas conductas leves, como golpear a alguien en la cara sin causar un daño, pero que produce un efecto totalmente negativo en la víctima, como un llanto o un enojo. Aquí, sería válido un arrepentimiento inmediato con el pedido de disculpas e intentar reparar o corregir mi accionar. Pero también existen conductas más severas, como un robo a mano armada en que causa daños significativos en la víctima. Supónganse que este sujeto es aprehendido y posteriormente juzgado. Para que el arrepentimiento tenga fuerza, difícilmente nos bastaría con el pedido de disculpas y la devolución de los bienes por parte de la policía. En este caso exigiríamos, además, que el agente reconozca que actúo incorrectamente, acepte que merece un castigo y dé cuenta de la modificación de su carácter o sus prácticas.

[13] El mismo Tasioulas (2007, pp. 498-499) reconoce que el arrepentimiento previo a la condena tiene lugar en aquellos casos en los que el agente actuó con culpa, en vez de con dolo.

En concreto, no estoy negando que el arrepentimiento tenga fuerza en delitos graves como los de lesa humanidad y sí en delitos intermedios o leves, sino que el impacto que tendrá será mayor en estos últimos. En efecto, el arrepentimiento constituye un elemento atenuante de la reprochabilidad de la conducta, sin embargo, impactará de manera diferente en cada tipo de delito.

Los defensores de la postura indulgente podrían responder a esta objeción planteando la idea del "dolor del arrepentimiento". El arrepentimiento – para esta postura – puede presentarse como un autocastigo que se inflige el agente. De esta manera, si, además del dolor que causa el arrepentimiento – en tanto constituye una emoción que implica pesar por las conductas cometidas – se impone un castigo legal como la cárcel, se estaría violentando el principio de prohibición de doble punición (*non bis in ídem*) (Tasioulas 2006, pp. 309-310). Estos defensores parecen estar pensando en casos de pena natural en la cual, el agente que comete un delito sufre un daño significativo que debe ser descontado de la pena legal.

Sin embargo, esta respuesta no puede ser aceptada. Para empezar, porque el concepto de castigo penal requiere que sea un tercero quien lo imponga. Aun aceptando que existan casos en los cuales el agente se encuentre sufriendo por reconocerse responsable de haber causado un daño a otra persona, de esto no se sigue que el arrepentimiento implique sufrimiento. A diferencia del castigo penal – que conceptualmente se compone de un trato duro (Nino 1980, pp. 203-204) – puede suceder que una persona arrepentida elija libremente actuar para resarcir a la víctima y modificar su vida, sin que esto signifique un sufrimiento. Por último, la noción de pena natural exige pensarla como una situación que se encuentra constituida por otros elementos, además del arrepentimiento. En estos casos el sufrimiento se constituye en la culpa de saberse responsable del daño que recae sobre un tercero.[14] Pero, a su vez, este daño debe ser significativo en relación con el castigo que corresponda, únicamente ahí es posible pensar en una disminución de la pena (Serrano 2022).

Para la postura estricta, por su parte, el arrepentimiento no tiene un impacto significativo en la reducción de la pena del delincuente, en tanto tiene una función constitutiva del castigo y no meramente instrumental. Si el castigo buscara el arrepentimiento del agente, entonces se debería castigar hasta que esto sucediera. En caso de que el agente ya se encontrase arrepentido, el castigo no tendría justificación – como lo plantea Nozick en la postura indulgente.

[14] Algunos códigos procesales y algunos autores suelen hablar de "pena natural moral" para referirse a este sufrimiento (Serrano 2023, p. 40).

Aquí, el castigo penal puede ser constitutivo del proceso de arrepentimiento en la medida en que el agente se arrepiente a través del cumplimiento de la pena. La pena permite al ofensor arrepentirse al sufrir el castigo merecido como penitencia. Y, al preservar así la integridad de la norma retributiva, cobra sentido la idea de que el infractor arrepentido reconoce y se somete voluntariamente al castigo merecido (Tasioulas 2006, p. 311).

Más allá de la simpatía que pueda generar la respuesta estricta, lo cierto es que – como afirma Tasioulas (2006, p. 311) – resulta muy difícil deshacerse de la sensación de que hay más en la respuesta indulgente que un sentimentalismo equivocado, que el arrepentimiento tiene un significado más allá del que los estrictos están dispuestos a tolerar. Al igual que en la respuesta indulgente, aquí falta que ingrese un elemento al análisis: la proporcionalidad. El principio retributivo adquiere sentido siempre que sea proporcional al reproche que se merece. No todas las conductas admiten el mismo reproche, como tampoco no todo arrepentimiento impacta de la misma manera en el reproche merecido.

Nuestras intuiciones morales nos llevan a castigar menos severamente a los delincuentes que se encuentran sinceramente arrepentidos del delito que cometieron, siempre que ese arrepentimiento sea significativo en relación con el daño causado. El derecho no es ajeno a estas cuestiones. Tan es así que, por ejemplo, al momento de legislar sobre el principio de oportunidad en el proceso judicial, se consideran seriamente los diferentes elementos constitutivos del arrepentimiento: que el agente haya reparado el daño; que exista el perdón o, cuanto menos, la aceptación de la víctima para no perseguir penalmente al delincuente; y que el delito no presente una pena en abstracto elevada.

5. Los problemas que el arrepentimiento presenta en el derecho penal

Luego de haber caracterizado el arrepentimiento y su relación con otras emociones como la culpa y el remordimiento, de analizar el rol que adquiere en el derecho penal y de defender que su importancia radica en la conjunción con el principio de proporcionalidad, corresponde ahora encarar las críticas que debe hacer frente esta emoción.

5.1. La vinculación del arrepentimiento con la religión

La primera crítica que se presenta ante la posibilidad de pensar que el arrepentimiento tenga algún rol en la determinación de la pena consiste en que esta emoción suele tener una causa religiosa. Más precisamente, el arrepentimiento puede ser fuertemente vinculado con el cristianismo y el

arrepentimiento por los pecados. Por otro lado, nuestros sistemas penales de corte liberal suelen ser reacios a juzgar elecciones de vida de los agentes, tales como abrazar una religión. A esto se suma que vivimos en sociedad donde el pluralismo es la regla, razón por la cual, incorporar el arrepentimiento al sistema normativo puede implicar una abierta violación a estos principios.

Para empezar, promulgar una política secular por razones que resultan de los compromisos religiosos o filosóficos de los ciudadanos está muy lejos de establecer una iglesia estatal o coaccionar a los disidentes religiosos (Bibas 2007, p. 346). Además, que el arrepentimiento tenga un rol importante en la religión, no significa que se encuentre justificado en ella. Por el contrario, constituye una emoción que excede a la concepción religiosa. Si bien uno podría arriesgar una afirmación al estilo "los cristianos son más proclives o abiertos al arrepentimiento" – en cuanto serían capaces de reconocer sus errores y preocuparse por enmendarlos – de esto no se sigue que sea una emoción exclusiva de dicho colectivo. Por el contrario, nada hay en el desarrollo realizado hasta aquí que impida concluir que una persona atea pueda arrepentirse de sus acciones incorrectas.

Aun aceptando que nuestra concepción del arrepentimiento tiene una fuerte presencia religiosa, esto no determina su sentido en la actualidad, donde es perfectamente compatible con nuestras sociedades plurales. Más aún, el arrepentimiento que aquí interesa no es el de los pecados o algún mal determinado por una entidad divina, sino de los delitos o las acciones moralmente incorrectas (Tasioulas 2007 pp. 506-507).

5.2. El falso arrepentimiento

La segunda crítica que se observa hacia el arrepentimiento se vincula con la posibilidad de falsificarlo a través del autoengaño o fingirlo para lograr un castigo menor (Murphy 2007, p. 440). En efecto, a la vez que reconocemos que el arrepentimiento puede impactar en el reproche merecido por una conducta incorrecta, surge el problema de qué hacer con aquellos sujetos que, sabiendo del efecto que causa esta emoción, fingen estar arrepentidos o se autoengañan, para conseguir un castigo menor.

El autoengaño puede ser caracterizado por el hecho de que el objeto del arrepentimiento no es el correcto, toda vez que, lejos de sentir pesar por el accionar incorrecto y el daño causado, los agentes suelen enfocarse en los efectos de ese accionar: el proceso penal que se encuentran enfrentando o el reproche de la comunidad moral. En otras palabras, en vez de sentir culpa por su accionar incorrecto y el daño que

ha causado a la víctima, el agente siente culpa por la situación en la que actualmente se encuentra. En lugar de enfocarse en la víctima y, a partir de allí, pensar el resarcimiento y la modificación del carácter y las prácticas para no reiterar el comportamiento, el sujeto se preocupa por sí mismo, por la posibilidad de sufrir una condena a causa de su conducta delictiva.

El arrepentimiento fingido, por su parte, es aquel en el cual el sujeto busca engañar a sus interlocutores a fin de hacerles creer que se encuentra arrepentido cuando en realidad no lo está. Aquí, el agente no acepta – internamente – que ha actuado de manera incorrecta, pero manifiesta lo contrario a través de la reparación del daño, el pedido de disculpas y mostrarse acongojado por su conducta. Estas son situaciones en las cuales el agente apela a estas prácticas con una finalidad netamente instrumental: influir en los sujetos para lograr una imagen positiva de su persona que impacte en la determinación de la pena. Nótese que aquí el problema no se encuentra en que los agentes buscan reparar el daño o pedir disculpas, sino que estas conductas no tienen como causa el arrepentimiento, sino el lograr una disminución del reproche.

Como se observa, ambas son situaciones en las cuales no hay un arrepentimiento real. En la primera, porque el objeto de la emoción se encuentra desviado hacia la situación personal del agente. En la segunda, el arrepentimiento es solo una máscara que oculta el hecho de que, en realidad, no se encuentra arrepentido.

Sobre esta crítica corresponden dos respuestas. La primera de ellas nos dice que la determinación del arrepentimiento del sujeto constituye un problema propio de todo proceso judicial. Es durante este proceso – a lo largo de sus diferentes etapas – que los sujetos antagónicos – acusación y defensa - deben aportar pruebas y generar una narrativa que le dé sentido a la versión de los hechos que están presentando. De esta manera, v-g- los abogados defensores pueden aportar pericias psicológicas y psiquiátricas que acrediten la culpa y el pesar que sus defendidos sienten por la conducta que cometieron; también pueden apoyarse en informes provenientes de los servicios sociales en los cuales se expliquen las conductas que buscan reparar el daño cometido y redimirse; más aún, se podría contar con la declaración de la víctima a fin de que cuente si existe un pedido de disculpas y si se ha iniciado un proceso de perdón. Por su parte, los encargados de llevar adelante la persecución penal pueden preocuparse por acreditar cómo las conductas posteriores de los acusados son contrarias al arrepentimiento porque, v-g- niegan haberlo cometido, presentan excusas y o justifican su conducta.

No basta con que el agente afirme sentirse arrepentido por su accionar, sino que esto debe encontrarse acreditado en el proceso penal. Aquí cobran una relevancia especial las pruebas en las que participan profesionales de la psicología y la psiquiatría, toda vez que permiten acreditar el estado anímico del acusado, cómo se reconoce ante el hecho por el cual se lo acusa, si la reconstrucción de los hechos que realiza lo ubica como responsable del resultado delictivo o si presenta excusas para desentenderse de ello, si ha podido procesar su culpa o se encuentra en proceso de ello, y hacia dónde se dirige su culpa, son algunos de los elementos que pueden ser explicados por estos profesionales.

Estos puntos enunciados ejemplificativamente tienen una importancia crucial, toda vez que la forma en la cual interpretamos nuestras conductas, cómo las ubicamos y nuestro papel en ellas, son las que permiten elaborar nuestras reacciones ante ellas. De esta manera, si reconozco que estuvo mal atropellar al niño, pero lo explico apelando a que él no debería haber estado jugando en la calle, mi arrepentimiento no se dirige hacia mi conducta errónea (haber manejado en estado de ebriedad), sino que lo estoy desviando a ciertas circunstancias que explicarían el resultado delictivo. Este desvío puede ser pensado como una forma de presentar excusas que evitan reconocer mi responsabilidad concreta ante el resultado.

Al igual que sucede con la determinación del hecho delictivo que se está juzgando y la responsabilidad que les cabe a cada uno de los acusados, el carácter del agente y sus conductas posteriores al hecho también son objeto de pruebas y alegatos. Es tarea de los diferentes sujetos que participan en el proceso lograr demostrar los hechos que se están juzgando, las responsabilidades de quienes los cometieron y qué circunstancias permiten y justifican determinada condena. En concreto, la forma de acreditar el arrepentimiento real es un problema de prueba y cómo se construye la narrativa que le da sentido. Será tarea de los magistrados, luego, establecer el valor que cada prueba tiene en el caso concreto.

También es cierto que, precisamente en los procesos judiciales, puede ser una gran dificultad acreditar un arrepentimiento perfecto, en el sentido de que todos sus elementos se encuentren plenamente logrados. Esto es así porque, precisamente, el proceso de arrepentimiento se vincula con el tipo de daño que se ha causado. Si golpeo el pie de una persona en la calle y hago que trastabille, inmediatamente puedo mostrar arrepentimiento a través de un sincero pedido de disculpas; sin embargo, si el hecho es más grave, difícilmente podría lograr estar arrepentido inmediatamente. Muchas veces es necesario transitar un proceso en el que se pueda significar el hecho, explicarlo a través de mi carácter y mis prácticas,

confrontarlo con la perspectiva de la víctima y de otras personas, poder evaluarlo y, luego de reconocer que actué mal, pensar en cómo reparar y redimirme.

Cada uno de los elementos constitutivos del arrepentimiento presenta aristas que cada sujeto las puede abordar de diferentes maneras y en distintos tiempos. Esto es, precisamente, lo que se busca con el castigo: que el agente pueda reconocer que el mismo se encuentra justificado. Ahora bien – y aquí se encuentra la segunda respuesta – esto no significa que únicamente aquellos agentes sincera y completamente arrepentidos sean los únicos que puedan ser condenados a una pena menor. Por el contrario, es posible reconocer grados de arrepentimiento.

Tal como explica Tasioulas (2007, p. 489), el arrepentimiento comprende diferentes elementos donde el grado en el que necesitan estar presentes puede variar de un caso a otro. Estas variaciones dependen de circunstancias como la naturaleza del mal, la identidad de la víctima y el carácter y la historia personal del malhechor. Es por esto que no se puede concebir el arrepentimiento como una cuestión de "todo o nada". Más precisamente, no es necesario que se encuentren todos los elementos logrados, ni que deban manifestarse en su forma más plenamente realizada para considerar al sujeto como arrepentido. Puede suceder que el agente se encuentre atravesado por un sentimiento más cercano al remordimiento y, por lo tanto, no se atreva a mirar a los ojos a la víctima y pedir disculpas; pero, a la vez, esto sucede porque se reconoce responsable de haber cometido una conducta incorrecta, y se encuentra en pleno proceso de cambio de carácter y prácticas para no dañar a alguien más. En este caso, aunque el arrepentimiento no se encuentre plenamente logrado, sí da cuenta de ciertos elementos que pueden ser pensados como atenuantes del castigo.

Una cuestión a tener a cuenta aquí radica en la dificultad de establecer criterios o guías cerrados para determinar el arrepentimiento, toda vez que, lejos de facilitar la tarea judicial, se correría el riesgo de no identificar la variedad de formas que puede tomar el arrepentimiento en nuestro mundo de diversidad cultural (Chitov 2018, p. 170). En este punto, resulta fundamental que las decisiones no se basen en prejuicios, sino que las intuiciones puedan evaluarse y justificarse por medio de una argumentación clara y racional que permita afirmar que es razonable reconocer el arrepentimiento del agente.

Es por esto que es recomendable que, en torno al arrepentimiento, rija una amplia libertad probatoria, en la cual las pericias psicológicas constituyan un medio de prueba disponible, pero no el único. Las

declaraciones testimoniales de familiares y allegados, como ciertas conductas posteriores y anteriores del agente, juegan un rol fundamental en este punto[15].

5.3. Tensión con el retributivismo

Un problema que no es posible dejar de mencionar es el relativo a la tensión que se genera entre el rol del arrepentimiento y la defensa de una concepción retributiva del castigo. Como se desarrolló anteriormente, el castigo debe ser proporcional al delito que se cometió. Esta proporción tiene un vínculo muy cercano con la idea de merecimiento. En efecto, aunque no podamos determinar el castigo exacto para ciertos delitos, sí podemos afirmar que la prisión perpetua es un castigo excesivo para un hurto. Ahora bien, el arrepentimiento al ser una conducta posterior genera ciertas rispideces con esta noción de retribución, en tanto parecería que, además del delito, entran en consideración otras cuestiones para calcular la pena.

Como explica Mary Singler (2007, pp. 464-465), la pregunta más básica para los retribucionistas es la conceptual: ¿cuál es la naturaleza del merecimiento moral? Sobre este punto, es posible reconocer dos respuestas. Para los retribucionistas del carácter, el merecimiento se centra en el carácter del individuo, en el tipo de persona que es en general. Aquí, el objeto principal de la responsabilidad es el propio carácter. Luego, la responsabilidad por las conductas incorrectas o delictivas se deriva de esta responsabilidad principal. De esta manera, se podría decir que estas conductas son representantes del carácter del agente. Por otro lado, los retribucionistas de la elección sostienen que un individuo es responsable de las conductas que elige libremente cometer, pero no de las que no tuvo la libertad de evitar cometer. La evaluación de la responsabilidad para esta postura se limita a determinar si la acción fue elegida libremente por el agente, es decir, si tenía la capacidad para comprender lo que hacía y las posibilidades de adecuar conforme lo exigía la norma.

En principio, parecería que el retribucionismo del carácter es el que habilita la función del arrepentimiento en cuanto atenuante del castigo. Sin embargo, esto genera otro problema toda vez que al enfocarse en el sujeto y no en el delito, se produce una tensión con el derecho penal liberal que establece

[15] Otra cuestión a tener en cuenta es la diversidad de los jueces o juzgadores que participan en los procesos. Es cierto que la posibilidad de reconocer ciertas conductas e interpretarlas requiere un mínimo de empatía. Esto se puede presentar muy dificultoso en sociedades en las cuales el poder judicial los constituye una aristocracia, mientras que los acusados se caracterizan por venir de los estratos más bajos. En este punto el juicio por jurados puede presentar un avance; sin embargo no basta con ello. Esta cuestión excede por demás el presente trabajo, por lo que no ahondaré más sobre él y lo continuaré abordando en trabajos independientes.

un derecho penal de acto y prohíbe al derecho penal de autor. Por el contrario, el retribucionismo de la elección coartaría toda posibilidad de que el arrepentimiento ingrese como un elemento a tener en cuenta al momento de determinar la pena. Esto es así porque, el arrepentimiento al ser necesariamente posterior, escapa del análisis de la libertad al momento de cometer un delito. A su vez, esta concepción sería totalmente coherente con el derecho penal liberal.

Este problema nos ubica ante una disyunción: o aceptamos el rol atenuante del arrepentimiento a costa del respeto al derecho penal de acto; o rechazamos que el arrepentimiento tenga alguna función en la evaluación del castigo del sujeto negando nuestras intuiciones y razones más profundas en este sentido. Esta disyunción, en realidad, es meramente aparente. El arrepentimiento no sólo adquiere sentido atenuante en la concepción del carácter. Más bien, por el contrario, es posible pensarlo de una manera que elimine la tensión con el derecho penal liberal. En efecto, para empezar el derecho penal de acto no necesariamente exige enfocarse en el delito del agente dejando de lado circunstancias pasadas o futuras; tampoco rechaza la evaluación o análisis del carácter del agente. Como es sabido, el carácter del agente - en términos amplios - es objeto de evaluación en el derecho, en tanto se preocupa por conceptos como ensañamiento, alevosía, odio, placer, codicia, condiciones personales, etc.

Esta evaluación del carácter ingresa de manera legítima en la práctica jurídica mediante su vinculación con la conducta o el delito que se juzga. En otras palabras, al juzgar un homicidio, no interesa si el sujeto es un machista y un defensor acérrimo del patriarcado, sino si su conducta delictiva se encuentra fundamentada en el odio de género. Tal vez el sujeto asesinó a una mujer por azar, por haber apuntado y disparado hacia un grupo de personas aleatorias, situación que impediría hablar de un femicidio o un feminicidio. Sin embargo, si se acredita que mató a su víctima por motivos de celos – o algún otro que signifique un sometimiento del género femenino sobre el masculino – la solución sería la contraria.

De esta manera, la tensión entre el retributivismo con el arrepentimiento no es tal, en tanto el objeto de análisis del derecho no se enfoca en el carácter del agente *in totum* o por sí mismo. Más bien, el carácter del agente importa en tanto se encuentre vinculado con la conducta delictiva que se está juzgando. Por ello, si el agente se encuentra arrepentido de esta conducta – y si se conjuga con la proporcionalidad del

delito – debe impactar en el reproche. Si, por el contrario, el arrepentimiento es un autoengaño o se encuentra fingido, no puede impactar en la determinación de la pena[16].

6. Conclusiones

Comencé el presente trabajo afirmando que mi objetivo sería el de responder dos preguntas: ¿El arrepentimiento significa un menor reproche penal o es indiferente para la determinación de la pena? en caso de que implique un acercamiento al mínimo castigo permitido ¿Cuándo es razonable que esto suceda? Luego del desarrollo realizado, estoy en condiciones de responder afirmativamente a la primera pregunta y, a su vez, efectuar un pequeño resumen de los elementos que deben encontrarse presentes para que el arrepentimiento funcione como un elemento atenuante.

En primer lugar, es claro que se requiere la existencia de un delito y que su autor se reconozca responsable del mismo. Este reconocimiento, para ser considerado un arrepentimiento debe contener los siguientes elementos: a) la experiencia de culpa o remordimiento por su obrar incorrecto; b) la voluntad de resarcir a la víctima y la comunidad; c) la aceptación del castigo infringido; d) la decisión sincera de modificar sus actitudes y comportamientos; y, como producto de este proceso, e) una reforma de su carácter o forma de vida (Tasioulas 2006, p. 305).

En segundo lugar, el arrepentimiento debe encontrarse dirigido hacia la conducta incorrecta cometida. A su vez, la decisión de resarcir a la víctima y modificar su carácter y prácticas debe encontrarse fundamentado en la necesidad de no reiterar su conducta incorrecta. Este deseo surge del reconocimiento del daño causado a la víctima y en el deseo de no volver a causar sufrimiento a otras personas. De esta manera, se rechazan actitudes vinculadas al autoengaño o el arrepentimiento fingido, donde el objeto del arrepentimiento es incorrecto.

En tercer lugar, debe tenerse presente el rol de la proporcionalidad en juego con el arrepentimiento. El arrepentimiento que impacta en la determinación de la pena es aquel que es significativo en relación con el delito cometido. Es por esta razón que, en el caso de los delitos más graves, no basta con una mera

[16] Es cierto que esta no es la única tensión que se genera en relación al arrepentimiento y el derecho penal liberal. Por ejemplo, en el ámbito de la justicia restaurativa, el arrepentimiento adquiere un rol relevante. Esto abre la puerta a varios problemas como la posibilidad de que los acusados tengan más incentivos para fingir arrepentimiento o que reconozcan delitos en los cuales no han participado a fin de evitar un juicio que abra la posibilidad de una sentencia de condena. Como señaló uno de los árbitros anónimos de este trabajo, esto puede generar situaciones de injusticias en contextos profundamente desiguales. Si bien estos problemas podrían ser respondidos, en parte, con algunos de los desarrollos realizados este trabajo, lo cierto es que aquí ingresan nuevas consideraciones que requieren de un trabajo independiente.

disculpa, sino que es necesario que el castigo se haga patente y que el agente ocupe su tiempo en el cumplimiento de la penitencia punitiva.

En cuarto lugar, no es necesario que estos elementos se encuentren presentes *in totum* al momento de determinar la pena del agente arrepentido. Dependiendo de la gravedad del delito o el mal causado, el proceso de arrepentimiento puede requerir mayor tiempo a fin de que el agente pueda significar correctamente su conducta y las consecuencias.

Por último, dada la complejidad que requiere identificar el arrepentimiento real, es preciso que exista una amplia libertad probatoria para que los abogados y funcionarios judiciales tengan mayores herramientas al momento de decidir si efectivamente se encuentran ante un sujeto arrepentido.

7. Bibliografía

Arendt, Hannah; *The Human Condition*, Chicago: The University of Chicago Press, 1998.

Bibas, Stephanos; "Forgiveness in Criminal Procedure", *Ohio State Journal of Criminal Law*, (4) 2, 2007, pp. 329–348.

Card, Claudia; *The Atrocity Paradigm. A Theory of Evil*, New York: Oxford University Press, 2002, DOI https://doi.org/10.1093/0195145089.001.0001

Chitov, Alexander; "The Communicative Theory of Punishment and Repentance", *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, 4, 2018, pp. 162–180.

Duff, Robert Antony; *Punishment, communication and community*, Oxford: Oxford University Press, 2001.

Gardner, John; *Ofensas y defensas. Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

Lariguet, Guillermo; *Dilemas y conflictos trágicos. Una investigación conceptual*, Lima: Palestra Editores, Bogotá: Editorial Temis., 2008.

McConnell, Terrance; "Moral Dilemmas", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2022, URL https://plato.stanford.edu/archives/fall2022/entries/moral-dilemmas/

Murphy, Jeffrie; *Character, Liberty, and Law. Kantian Essays in Theory and Practice*, Boston: Springer Science & Business Media, B. V., 1998, DOI https://doi.org/10.1007/978-94-015-9066-2

Murphy, Jeffrie; "Remorse, Apology, and Mercy", *Ohio State Journal of Criminal Law*, (4) 2, 2007, pp. 423-453.

Nino, Carlos Santiago; *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1980.

Nozick, Robert; *Philosophical Explanations*, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1981.

Nussbaum, Martha; *Hiding from Humanity. Disgust, Shame, and the Law*, Princeton: Princeton University Press, 2004.

Nussbaum, Martha; *Political Emotions. Why Love Matters for Justice*, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2013, DOI https://doi.org/10.2307/j.ctt6wpqm7

Nussbaum, Martha; *Anger and Forgiveness. Resentment, Generosity, Justice*, New York: Oxford University Press, 2016.

Serrano, Manuel Francisco; "Los elementos constitutivos del concepto de pena natural", *Política Criminal*, (17) 34, 2022, pp. 856-884. DOI http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992022000200856

Serrano, Manuel Francisco; *El concepto de pena natural en la doctrina y la jurisprudencia penal*, Bernal: Universidad Nacional de Quilmes, 2023.

Silva Sánchez, Jesús-María; *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho Penal*, Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2018.

Singler, Mary; "Mercy, Clemency, and the Case of Karla Faye Tucker", *Ohio State Journal of Criminal Law*, (4) 2, 2007, pp. 455-486.

Smart, Alwynne; "Mercy", *Philosophy*, (43) 166, 1968, pp. 345–359, DOI https://doi.org/10.1017/S0031819100062872

Snow, Nancy; "Self-forgiveness", *The Journal of Value Inquiry*, (27) 1, 1993, pp. 75–80. DOI https://doi.org/10.1007/BF01082713

Tasioulas, John; "Punishment and Repentance", *Philosophy*, (81) 2, 2006, pp. 279–322. DOI https://doi.org/10.1017/S0031819106316063

Tasioulas, John; "Repentance and the Liberal State", *Ohio State Journal of Criminal Law*, (4) 2, 2007, pp. 487-521.

Williams, Bernard; "Ethical Consistency" en *Moral Dilemmas*, New York: Oxford University Press, 1987, pp. 115–137.