

Nuevas tendencias del perdón en Derecho penal: utilitarismo, justicia y concreción de la paz

*New trends in forgiveness in criminal law:
utilitarianism, justice and the achievement of peace*

Por VÍCTOR GABRIEL RODRÍGUEZ
Universidad de São Paulo (USP)

RESUMEN

La tendencia contemporánea que aspira a la superación de conflictos sociales pone de relieve la crueldad del Derecho penal. Pero más allá de la pretensión de legitimar las sanciones con teorías que indican sus finalidades, los penalistas intentan definir prácticas de perdón, creando hipótesis dentro de las cuales el Estado puede dejar de castigar. Sin embargo, los estudios contemporáneos presentan algunos equívocos a la hora de interpretar cuáles son las prácticas de perdón efectivo, abriendo la puerta a discursos que se aprovechan del momento social para alcanzar una inmerecida impunidad. Hacer un recorrido sobre los orígenes del perdón en la religión y buscar sus correspondencias en prácticas contemporáneas, a ejemplo de la delación premiada, la justicia transicional latinoamericana o el «compliance» de grandes empresas, ayudará a disminuir la equivocidad del perdón y adoptarlo como un modo de evitación eficaz de castigos inmerecidos.

Palabras clave: *perdón, arrepentimiento, Derecho penal, delación premiada, justicia transicional.*

ABSTRACT

The contemporary trend that aspires to overcome social conflicts highlights the cruelty of criminal punishment. But beyond the goal of legitimizing sanctions with theories that indicate their purposes, criminal law students try to define forgiveness practices, creating hypotheses within which the State can stop punishing. However, contemporary studies present some misunderstandings when interpreting what are the practices of effective forgiveness, opening the door to discourses that take advantage of the social moment to achieve undeserved impunity. Observing the origins of forgiveness in religion and looking for its correspondences in contemporary practices, such as the 'plea bargaining', Latin American transitional justice or the compliance politics of large companies, will help reduce the equivocation of forgiveness and adopt it as a way of effective avoidance of undeserved punishment.

Keywords: Forgiveness, repentance, Criminal Law, plea bargain, transitional justice.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: EL RESURGIMIENTO DEL PERDÓN EN DERECHO PENAL. – 2. BREVE JUSTIFICACIÓN METODOLÓGICA: UNA DOBLE VÍA DE ASESINATOS EPISTÉMICOS. – 3. EL PERDÓN Y SU ORIGEN: LA CULTURA JUDEOCRISTIANA. – 4. PERDÓN CRISTIANO. 4.1 *La extensión vertical: perdonar setenta veces siete.* 4.2 *El perdón horizontal: amar a vuestros enemigos.* 4.3 *Dos cuestiones del perdón religioso: equivalencia en el perdón y límites temporales.* – 5. EL PERDÓN DEL ESTADO Y SUS INFLUENCIAS. – 6. PERDÓN Y LA CLEMENCIA DEL MONARCA. – 7. MANIFESTACIONES LEGÍTIMAS DEL PERDÓN: JUSTICIA TRANSICIONAL E INDULTOS. 7.1 *La justicia transicional y restaurativa: cómo evoluciona la no-repetición.* 7.2 *Los pactos de paz en su máxima evolución.* 7.3 *La importancia de la narrativa de los hechos.* – 8. EL ABUSO DEL DISCURSO DE PERDÓN. 8.1 *Delación premiada: falso arrepentimiento y utilitarismo verdadero.* 8.2 *La petición de perdón de las grandes empresas: jugar en un tablero más amplio.* – 9. EL PERDÓN DEL ESTADO: LA REALIDAD INCONSTITUCIONAL Y LOS CAMBIOS DE VISIÓN DE MUNDO. – 10. CONCLUSIONES.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION: THE RESURGENCE OF FORGIVENESS IN CRIMINAL LAW. – 2. BRIEF METHODOLOGICAL JUSTIFICATION: A DOUBLE PATH OF «EPISTEMIC MURDERS». – 3. FORGIVENESS AND ITS ORIGIN: THE JUDEO-CHRISTIAN CULTURE. – 4. CHRISTIAN FORGIVENESS; 4.1 *The vertical extension: forgive seventy times seven.* 4.2 *Horizontal forgiveness: loving your enemies.* 4.3 *Two questions of religious forgiveness: equivalence in forgiveness and temporal limits.* – 5. THE FORGIVENESS OF THE STATE AND ITS INFLUENCES. – 6. FORGIVENESS AND CLEMENCY OF THE MONARCH. –

7. LEGITIMATE MANIFESTATIONS OF FORGIVENESS: TRANSITIONAL JUSTICE. 7.1 *Transitional and restorative justice: how non-repetition guarantees*. 7.2 *Peace pacts in their maximum evolution*. 7.3 *The importance of the narrative of the facts*. – 8. ABUSE OF THE SPEECH OF FORGIVENESS. 8.1 *Awarded denunciation: false repentance and true utilitarianism*. 8.2 *The request for forgiveness of large companies: play on a larger board*. – 9. THE STATE'S FORGIVENESS: THE UNCONSTITUTIONAL REALITY AND THE CHANGES IN POINTS OF VIEW. – 10. CONCLUSIONS.

1. INTRODUCCIÓN: EL RESURGIMIENTO DEL PERDÓN EN DERECHO PENAL

La evolución de las relaciones sociales crea una serie de nuevos interrogantes sobre la forma en que el Estado interactúa con sus ciudadanos¹. Aunque, a causa de sensibles hechos contemporáneos, algunos filósofos o politólogos hagan hincapié en que se vive un retroceso en las manifestaciones democráticas alrededor de todo el globo², parece evidente que, en pocas décadas, la sociedad ha evolucionado hacia una convivencia basada en relaciones materiales de ecuanimidad: la lucha por la igualdad de género³, la luz que se lanza sobre los derechos de las minorías⁴, la protección del medio ambiente con las denuncias de ecocidio⁵, el reconocimiento de derechos de los anima-

¹ El autor es profesor titular (associate professor) de Derecho Penal de la Universidad de São Paulo. Livre-Docente (Habilitation) en Derecho Penal por la Universidad de São Paulo-USP. Profesor invitado en la Universidad de Valladolid (2018) becado por el Programa de Doctorado de la UVA; profesor visitante en la Universidad de Granada, financiado por la Fundación Carolina (2020). Actualmente investigador invitado por la Universidad Autónoma de Madrid, con beca CAPES (2021). El presente trabajo fue realizado con apoyo de la Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior –Brasil (Capes)– Código de Financiación 001, para estancia de 6 meses en la Universidad Autónoma de Madrid, bajo supervisión del catedrático Juan Antonio Lascuráin Sánchez. victorgabriel@usp.br

² La realidad de los populismos en Estados Unidos, América Latina y parte de Europa deslegitima la democracia. Eso tiene fortalecido debates sobre alternativas a los regímenes democráticos en occidente. Entre las polémicas ideas novedosas está la epistocracia, el gobierno de los «knowledgeable», de los cultos, que defiende, especialmente, Jason Brennan. Véase, BRENNAN, J., *Against Democracy*, New Jersey, Princeton University Press, 2017, especialmente pp. 222-224.

³ Acerca de los estudios académicos de igualdad de género, véase, entre tantos, BARRANCO AVILÉS, M. C.; «La emancipación de las mujeres. El feminismo y el socialismo de Anna Kuliscioff», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXXV, 2019, pp. 15-41.

⁴ Sobre la significativa evolución de los derechos de las minorías, véase GARCÍA MEDINA, J.; «Ajustes razonables y apoyos en la convención de los derechos de las personas con discapacidad. Retos y dificultades», *Studia historica. Historia contemporánea*, 36, 2019, pp. 131-149.

⁵ La necesidad de una definición global del delito de ecocidio es defendida por muchos penalistas. Entre otros, véase NIETO MARTÍN, A.; DOPICO, J. y ARROYO ZAPATA

les o, incluso, los estudios decoloniales en países menos desarrollados constituyen pruebas de que la comunidad global camina hacia un nivel de convivencia⁶ absolutamente inaudito.

Ese contexto novedoso, por contraste, pone de relieve la tradicional crueldad del Derecho penal, y, por consecuencia, se reavivan los interrogantes sobre la necesidad del castigo en una amplia gama de casos en que la reacción punitiva del Estado parece ser injustificable. A raíz de ello, renace el tema del perdón, por la sencilla razón de que es la única forma real de anulación póstuma de la crueldad penal. En otras palabras, la sociedad se da cuenta de que, por décadas y siglos, los intelectuales han modificado las fórmulas que legitiman la aplicación de la pena, sin que haya algún auténtico cambio para aquel que la sufre: una visión hiperrealista de la pena demuestra que, aunque haya importantes diferencias para la racionalidad del sistema comunicativo, a quien se le impone la privación de libertad le da absolutamente igual si su encarcelamiento se explica por una fórmula de autoexpiación, de retribución, de intimidación general o de reafirmación del bien jurídico. El cambio significativo, si se analiza desde la perspectiva del castigado, está en la aplicación o no aplicación de la pena. Bajo esa premisa, el perdón es un elemento clave para transformaciones efectivas en la crueldad penal.

Por tal motivo, aplicar ese instituto demanda incrementos de racionalidad, que van mucho más allá que una simple afirmación sobre la ausencia de necesidad de pena. En este punto, identificamos algunas debilidades que existen en los discursos sobre el perdón penal, que confunden las ideas religiosas de arrepentimiento y misericordia, la visión utilitarista del perdón como búsqueda del *welfare*, las declaraciones de paz en el *jus in bello* o, finalmente, el reconocimiento por el propio Estado de que la anterior aplicación de la pena ha sido injusta.

De ahí que nuestro objetivo sea comprender, en el discurso del perdón que se difunde hoy, principalmente en Derecho penal, lo que es la superación del castigo a través del arrepentimiento y lo que es el uso desvirtuado de la idea de perdón por intereses que nada tienen que ver con la superación de conflictos, es decir, que más bien desean una injusta impunidad o la facilitación de más punición.

TERO, J. L.; «Ecocidio», *Diario El País*, Madrid, 12 dic. 2019, p. A2. En nuestra opinión, esa definición debe hacerse con la cautela de no ampliar las diferencias centro-periferia en América Latina y África, permitiendo intervención internacional en países desfavorecidos.

⁶ Silva Sánchez, en detenido estudio sobre el tema, enumera cuatro tendencias contrarias al perdón, entre las cuales están la «cultura del resentimiento». Bien es cierto que ella existe, pero nuestra premisa es la de que, en términos generales, la sociedad da pruebas cabales de que camina hacia superación de conflictos. Véase SILVA SÁNCHEZ, J. M.; «El perdón: prólogo para penalistas», en *El Indulto: pasado, presente y futuro*, F. Molina (org), Madrid, IBdeF, 2019, p. 81.

2. BREVE JUSTIFICACIÓN METODOLÓGICA: UNA DOBLE VÍA DE ASESINATOS EPISTÉMICOS

Aunque muchos de los penalistas iberoamericanos no quieran denunciarlo, la apología del perdón, aunque con desviaciones que intentaremos señalar, se introduce en gran medida en nuestro Derecho penal a partir de la influencia anglosajona. Contemporáneamente, la idea de que se disculpe parte de la retribución penal a muchos de aquellos que hayan cometido hechos típicos se reaviva a partir de una concepción utilitaria de la pena. Es de interés de muchas de las naciones que, para perseguir nuevos delitos, el Estado perdone a algunos individuos, erróneamente llamados «arrepentidos». En el mismo contexto, que se abordará tangencialmente, florecen las nociones de *compliance* y *enforced self-regulation*, que buscan regateos con los castigos a las personas jurídicas, tantas veces alejándose del interés social.

Sin embargo, para desvelar el instituto del perdón *stricto sensu*, la teoría anglosajona se torna débil, cuando la comparamos a otras producciones de conocimiento, mucho más cercanas a nuestra cultura latino-germánica. La primera de ellas reside en los trabajos de la escolástica. Muchas líneas ya se han escrito en términos de revelar la relación entre perdón y arrepentimiento, sus límites y, además, acerca de cuánto una cultura de casi-misericordia obliga al Estado. Empero, la leyenda negra⁷ que se ha impuesto sobre parte del pensamiento filosófico cristiano, más aún sobre lo que se produjo en España, no puede influenciar a los que desean estudiar los orígenes del perdón. En este punto sería bueno reflejarse en los estudiosos anglosajones o de cultura manifiestamente judía que, a día de hoy, se sienten libres para revisar, por ejemplo, textos de las Sagradas Escrituras, no como materia de fe, sino como elementos histórico-culturales a los que el Derecho contemporáneo sigue vinculado.

La segunda rama de conocimiento, en otro aspecto del objeto, está en la experiencia latinoamericana en materia de perdón y de paz. Cuando el objetivo de los filósofos y juristas de la contemporaneidad es el de estudiar caminos alternativos de perdón al Estado, la reciente experiencia latinoamericana en términos de amnistías, superación de conflictos y justicia restaurativa y transicional es imprescindible. A pesar de su importancia a nivel mundial, la experiencia, por ejemplo, del Acuerdo de Paz de Colombia, entre fuerzas del Estado y las FARC, en 2016, prácticamente no ha sido revisado.

En otras palabras, en relación a este tema, el mundo iberoamericano sufre la tensión entre polaridades de un mismo fenómeno, dando lugar a

⁷ El término «leyenda negra» cuya creación se atribuye a Emilia Pardo Bazán en 1899, es estudiado contemporáneamente como causa de gran parte del prejuicio epistémico al conocimiento español. A penas como referencia para empezar estudios sobre el tema, cítese el libro de 1915 de Julián Juderías. Juderías, J.; *La leyenda Negra*, Madrid, La esfera de los libros, ed. 2014, pp. 472.

lo que puede denominarse como un «epistemicidio»⁸. Como advertencia metodológica, empero, hay que superar ese intento de anulación en una doble vía: estudiando el valor de la filosofía latina clásica y de la experiencia de países económicamente alejados de la centralidad geopolítica.

3. EL PERDÓN Y SU ORIGEN: LA CULTURA JUDEO-CRISTIANA

En lo que concierne a la cultura occidental, hay que tomar la posición de que el *perdón*, tal y como lo entendemos hoy, nace con la cultura judeo-cristiana. Aunque sea posible que se identifiquen actitudes de clemencia desde la antigüedad grecorromana, sobran evidencias de que la forma irrestricta y, en un segundo momento, amplia de esa práctica tiende sus raíces en la religión monoteísta. La característica *stricto sensu* de la clemencia preudaica constituye, como se afirmará más adelante, un acto de superación de diferencias con el fin específico de poner término a un ciclo generacional de venganzas⁹.

Con algo de paradoja, los pocos pero prestigiosos autores que, actualmente, osan remitir a las influencias teológicas, se apoyan en autores negativistas de cualquier fe para poder introducir sus consideraciones sobre historia de la religión. Por ejemplo, Martha Nussbaum,

⁸ Es la noción de *epistemicidio*, que acuñó Santos, al demostrar que no existe una preocupación de la teoría europea con la realidad latina, especialmente de los excluidos. Los excluidos, claro, son gran parte del objeto del Derecho penal. «La última dificultad a la que se enfrentan la teoría crítica y la imaginación política eurocéntrica está en la enorme discrepancia entre, por un lado, lo que se afirma o prevé en la teoría, y, por otro, las prácticas más innovadoras y transformativas que tienen lugar en el mundo. Durante los últimos treinta años, las luchas más avanzadas han tenido como protagonistas a grupos sociales cuya existencia no reconoce la teoría crítica eurocéntrica (ni la izquierda política que esta fundó): las mujeres, los pueblos indígenas, los campesinos, los afrodescendientes, los *piqueteros*, los desempleados, los gais y lesbianas, los indignados, el movimiento okupa, entre otros.» SANTOS, B. S.; *Justicia entre saberes: epistemologías del Sur contra el Epistemicidio*, Madrid, Ediciones Morata, 2014, p. 61.

⁹ Véase, por ejemplo, las afirmaciones de David Leigh. Aunque el autor encuentre lo que llama semillas para futuras creencias en el perdón, en el caso de Zeus. En sus palabras «As Greek culture evolved from the Heroic Age of Homer into the Classical Age of Pericles, the religion of the polis began to incorporate notions that can be seen as seeds of later belief in forgiveness». Pero su afirmación es categórica: a causa de la ausencia de un Dios misericordioso, la política y la justicia de Grecia no conoció el perdón: «By the time of the Athenian republic, pity for the suffering or for the involuntary guilty act was seen as of some value in the pursuit of justice in the courts and in the pursuit of a reasonable foreign policy. Such pity, as Dover says, was shown only if the offended person found an excuse in the ignorance, error, or weakness of the offender. Because the Greeks lacked a divine or messianic example of unconditional forgiveness, they did not feel a religious compulsion to forgive other persons» LEIGH, D. J.; «Forgiveness, Pity, and Ultimacy in Ancient Greek Culture», <https://utpjournals.press/doi/pdf/10.3138/uram.27.2.152>, p. 154

con el referido propósito, invoca a Nietzsche para afirmar (como si solo él lo dijera) que «hay momentos en que la investigación histórica resulta reveladora»¹⁰, y enseguida cita a Michel Foucault¹¹, con el fin específico de basar sus primeras consideraciones: que es en el judaísmo donde empieza el concepto del perdón¹².

Algunos historiadores consiguen encontrar algunos indicios de lo que fuera el *arrepentimiento* en la filosofía greco-romana. Lambert destaca las consideraciones de Plutarco sobre la *metanoia*, cuando el filósofo helénico, alejándose de la escuela platónica en ese ámbito, reflexiona sobre los procesos manifestación del alma y de la mente. La *metanoia*, como arrepentimiento¹³, sería una «forma extremada de dolor», un *pathos*: algo generado por la parte no-racional del ser humano, pero que alcanza a transmitirse a la racionalidad y, por ello, tarda en desaparecer. Pero ese dolor sería, en la concepción de Plutarco, una reacción natural del hombre sabio que se compromete en mejorar en sus virtudes. Es el dolor que nace de los errores en su propio proceso de decisión, y que se mantiene en la memoria de aquellos que quieren progresar en sus virtudes¹⁴.

Esa forma intensa de dolor sería igualmente descrita por filósofos de inspiración judaica, que inauguran el traspaso del concepto al contexto religioso. Lambert indica que la transición de la *metanoia* al judaísmo está en los escritos de Philo de Alexandria. El filósofo del siglo I pone de manifiesto que ese proceso de adquisición de las virtudes, entre que se encuentra la *metanoia*, pasa a coincidir con la verdadera sabiduría, es decir, las virtudes inauguran un trámite de «transición desde la idolatría

¹⁰ NUSSBAUM, M.; *Anger and forgiveness: resentment, generosity, justice*, New York, Oxford University Press, 2016, p. 58.

¹¹ Es, como hemos dicho, una técnica retórica para vencer el prejuicio a cualquier consideración de rasgo teológico o religioso-cultural acerca de un fenómeno social: se apoya en la autoridad de autores reconocidamente agnósticos para tener licencia para abordar un tema judaico-cristiano.

¹² Con la misma finalidad, la autora recurre a Ricoeur, cuyos escritos van por la misma senda. Véase: RICOEUR, P.; *Finitud y Culpabilidad*, Madrid, Trotta Editorial, 2011, especialmente p. 285.

¹³ En nuestra opinión, hay una diferencia entre «arrepentimiento» y «remordimiento», que sería término más adecuado para lo que el autor analiza. Sin embargo, Lambert usa la palabra «repentance», con lo cual se respeta su elección semántica.

¹⁴ «Actually, the founding positive image of *metanoia*, one that pervades both Plutarch and other Greek sources both early and late, may be the theme of a general granting his opponents time to rethink, to experience *metanoia* for their opposition in the face of defeat, as Plutarch writes, «offering an opportunity for the miscreants to repent and become better men» (*Sayings of Romans* 204, 7 [Babbitt, LCL]). In this scenario, initial pain provides an impetus for thought, while its temporary easing generates a break in the material world, an expanse of time that allows for and suggests the presence of an altogether different kind of nonmaterial operation. Applied to the divine realm, this amounts to an explanation as to why punishment of the wicked can be delayed. Thus, according to Plutarch, we ought to imitate God in showing forbearance and allowing an opportunity for others to repent» LAMBERT, D. A.; *How repentance became biblical: judaism, christianity and the interpretation of scripture*, New York, Oxford University Press, 2016, p. 157.

al judaísmo»¹⁵. En sus palabras, el proceso de adquisición de la sabiduría, de la cual el arrepentimiento es la clave, en esa nueva fase viene a coincidir con el proceso de *conversión*. Sería por ello que Philo ha encontrado la idea de arrepentimiento en la inspiración divina que recibe Moisés cuando tiene que destruir el becerro de oro¹⁶, y ahí se halla la clave de la conversión¹⁷. Moisés habrá notado, dice Philo de Alejandría, que en la vida mortal se encuentra el tiempo y la clave para la expiación de los pecados, lejos de, por ejemplo, la inmolación de chivos expiatorios. En otra obra, Philo, analizando las virtudes en general, regresará a la idea de que a Moisés le es revelado el decreto divino que establece que a los que se convierten a la fe habría que cuidarlos, dándoles la oportunidad de arrepentimiento. Moisés habrá notado, dice el filósofo contemporáneo a Cristo, que no tener pecados es característica de Dios, pero arrepentirse es característica de los sabios. En otra obra, Philo de Alejandría presenta a Noé como el gran hombre que revitaliza la idea de conversión contra aquellos que se piensan dioses a sí mismos, y que el propio Dios le enseña que deben todos ser tratados con respeto y perdón¹⁸. Esa, esclarece Philo, sería una primera percepción del arrepentimiento, la que adviene de haber ofendido a Dios, y ella conlleva al individuo, consciente de esa falta, a la conversión. Una segunda percepción sería el arrepentimiento del propio converso, en que parece rozar, decimos nosotros, el concepto que Lambert recobra como *metanoia*, es decir, la diferencia entre las intenciones, coincidentes con la voluntad de Dios, y las acciones, que le ofenden. En sus palabras¹⁹, la vida es perfecta mientras los pensamientos coinciden con las palabras, y las acciones coinciden con las intenciones²⁰. Cuando se rompe ese paralelo, nace el arrepentimiento.

¹⁵ LAMBERT, D. A.; *How repentance became biblical: judaism, christianity and the interpretation of scripture*, New York, Oxford University Press, 2016, p. 157.

¹⁶ Exodus, 32, 4.

¹⁷ «To do no sin is peculiar to God; to repent, to the wise man; and this latter is a very difficult thing, and hard to find. So the oracle says that “Moses diligently sought” in this mortal life the secret of repentance for sins; for he was intent on discovering a soul divesting itself of unrighteousness, and going forth without shame, naked of misdeeds». Philo, *On flight and fiding*, Vol. V, Traducido por Colson, F., New, York, Loeb Classical Library – Harvard University Press, 1988, ítem 157, p. 95.

¹⁸ «In this short sermon the value of repentance as the “second best” is insisted on, as shown primarily in those who are converted from idolatry and must be treated with all friendliness (175-179) and in general by passing from disobedience to obedience to the law which is not far off but in our “mouth, hand and heart” (180-184), and by “choosing” God, a choice which makes each single man his people (185-186). PHILO; *On Virtues*, Vol. VIII, Versión inglesa de Colson, F, New, York, Loeb Classical Library – Harvard University Press, 1988, pp. 161-162.

¹⁹ «For when thoughts correspond to words and actions correspond to intentions, life is praiseworthy and perfect, but when they are at strife with each other, it is imperfect and a matter for reproach». PHILO; *On Virtues*, Vol. VIII, Versión inglesa de Colson, F., New, York, Loeb Classical Library – Harvard University Press, 1988, pp. 277.

²⁰ En ese sentido, siglos más tarde, Ginés de Sepúlveda va afirmar que el arrepentimiento es la prueba de que «tuvimos la capacidad de actuar contrariamente».

En nuestra opinión, el eje central que demuestra la transición del arrepentimiento griego para el judaísmo, y que va a seguir, con creces, en el cristianismo, es el vínculo que se establece entre religión y moral. En el decálogo presentado por Moisés, están registradas leyes muy claras de comportamiento, que ahora son los nuevos pilares de la virtud. La consecuencia directa es que el dolor moral por no haber alcanzado la virtud se convierte en el dolor de no haber obedecido a Dios. Por ello, cualquier ofensa es primeramente lanzada a Dios, como afirma el Salmo 51: «contra ti, contra ti solo he pecado». Tal correspondencia entre la moral y la voluntad de Dios trae como consecuencia la necesidad de expiación de pecados.

Es así que la tradición judaica va a emprender una serie de formas de expiación de las ofensas frente a Dios, de dos maneras distintas. Primera, la oferta de sacrificios a Dios, como modo de reparación. Los historiadores coinciden en afirmar que, después de la segunda destrucción del templo²¹, en el año 70 d. C., cesaron los sacrificios de animales y las inmolaciones se sustituyeron por la oración y el ayuno. Sin embargo, para la tradición judaica, sigue siendo necesario «recibir el perdón de la persona ofendida al igual que el de Dios», lo que impone una serie de rituales para obtenerlo, en las vísperas del día del perdón²², a ejemplo de pedir hasta tres veces disculpas al ofendido²³.

De hecho, esa participación del ofendido en el perdón judaico se aproxima a lo que hoy es la reparación de los daños a las víctimas,

GINÉS DE SEPÚLVEDA, J.; «Sobre el destino y el libre albedrío», en *Obras Completas XV*, Pozoblanco, Ed. del Ayuntamiento de Pozoblanco, 2010. Schopenhauer, de su parte, con una concepción determinista, evolucionará para decir que el arrepentimiento es la decepción de no *ser* como creíamos que éramos, pues «el hombre no cambia nunca: del mismo modo a como actuó en un caso, actuará si se repiten las mismas circunstancias». SCHOPENHAUER, A.; *Sobre la libertad de la voluntad*, Madrid, Alianza, 2012, p. 109. Esa concepción será retomada por Engisch, en ENGISCH, K.; *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart: Vortrag*, Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1965, p. 44. Sobre el tema, nuestra monografía sobre libre albedrío, de 2018, ya mencionada.

²¹ «The destruction of the second temple in 70 CE was a major turning point in the history of Judaism, ending the institution of animal sacrifice and the primary cultic service to God that had provided the focal point of Isrealite religion por the previous Thousand Years». Y explica Segal, después de una anécdota sobre cómo se encara la destrucción del segundo templo, en que Rabban Joahnan ben Zakkai dice a Rabbi Joshua, frente a las ruinas del templo «Do not grieve. We have another means of atonement as effective as this. And what is it? It is actions of lovingkindness, as it is said: “I desire mercy and not sacrifice” (Avot de Rabbi Natan, 6)». SESSKIN, K.; *The Cambridge Guide to Jewish History, Religion and Culture*, New York, Cambridge University Press, p. 56. Sobre perdón, véanse pp. 392-394.

²² «Sin embargo, seguía siendo necesario recibir el perdón de la persona ofendida al igual que el de Dios. Por ello, se acostumbra a pedir perdón a aquellos que han sido agraviados antes del Día de la Expiación» COHN SHERBOOK, D.; *Breve Enciclopedia del Judaísmo*, Madrid, Istmo, 2003, p. 178.

²³ El libro de Job 33,29, pone de manifiesto que Dios perdona dos o tres veces. Como se verá, ese número se ampliará en los Evangelios.

más exigente que los patrones del cristianismo. Según veremos a continuación.

4. PERDÓN CRISTIANO

Como se ha puesto de manifiesto, la concepción del perdón remite a la misericordia originada en la religión. Mucho se va a aprovechar, en la actualidad, de la cultura cristiana de la misericordia para invocar la necesidad de superar conflictos de trasfondo penal, por ello es útil analizar algo del concepto en esa esfera religioso-cultural.

En comparación con el perdón judaico, en el cristianismo se puede encontrar una doble ampliación de la obligación de perdonar: primero, la ampliación del número de veces que hay que perdonarse; segundo, que la diferencia central del cristianismo está en la obligación de *amar a los enemigos*, lo que significa hacer que ese mismo perdón, ya infinito en su profundidad, sea también horizontalmente expandido. Es lo que podemos llamar *extensión vertical* y *extensión horizontal* del perdón, comparado a la ley judaica.

4.1 La extensión vertical: perdonar setenta veces siete

En el que tal vez sea el pasaje más conocido del Evangelio sobre el perdón está la escena en que Pedro pregunta a su Maestro cuántas veces se debe perdonar a alguien sus pecados. Pedro, ya superado, como se comentará, la ley judaica, pregunta: ¿siete veces?, a lo que Jesús le responde: setenta veces siete (Mateo, 18, 21-35). Coinciden los intérpretes –incluso parece evidente– que la respuesta no representa un número exacto, sino que, por su grado elevado, equivale a decir que el perdón debe ser infinito.

Lo que tal vez pocos hayan notado es el motivo por lo cual Jesús elige exactamente la locución «setenta veces siete». Ella es extraída del *Antiguo Testamento*, en un fragmento en que se retrata a un Dios nada misericordioso. Está en el *Génesis*, en el momento en que Jehová, hablando a Caín, le promete que, quien matare a este, será castigado siete veces²⁴. Y le pone la señal a ese hijo de Adán, para que nadie

²⁴ Desde luego se conoce que Caín es un gran pecador, por haber matado a su hermano. Así que se plantea la pregunta de cómo Jehová autoriza la venganza de Caín. La respuesta nos interesa mucho. Parte del judaísmo interpreta que Jehová practica un acto de perdón cuando acepta el destierro y la pena de Caín. Así, Newman: «Said Cain to God, “You carry the whole earth –can you not then bear my *avon*? My punishment is too great to be borne.” God replied, “Since you make ‘teshuvah’ you may leave this place”, and immediately it is written, “Cain went from the presence of God and dwelt in the land of Nod”. In the deep implications of the Cain story, the understanding of sin, guilt, repentance can be found, but most striking is the ambiguity of Cain’s “teshuvah” – he despairingly implores the Master of the Universe to

lo mate (Gn, 4,4²⁵). El salvaguardado Caín tiene descendientes, entre los cuales está Lamec, quien, en un vaticinio dirigido a sus dos mujeres, promete: «Si siete veces será vengado Caín, Lamec en verdad setenta veces siete lo será» (Gn, 4,24).

Así que es interesante reconocer que las mentadas palabras de Jesucristo, no son apenas una remisión a una inscripción del libro judaico, sino un vuelco, una real inversión: de la venganza infinita que estaba en las palabras de Lamec, a partir de la multiplicación de la misma promesa hecha por el propio Dios a su antepasado, a una supe- ración infinita de las faltas, en verdadera inversión vectorial²⁶.

4.2 El perdón horizontal: amar a vuestros enemigos

Al contrario de lo que dicen algunos cristianos, no es privilegio del Cristianismo la obligación de extender el amor a toda la humanidad. La primera gran alianza, como demuestra Küng, es una alianza de toda la humanidad, la ley nohaica²⁷. El perdón, ya entre los judíos, se extiende también a los no-descendientes de Abraham, pero el Evangelio viene a ampliar esa obligatoriedad, incluyendo una nueva caracte- rística de los perdonados: los enemigos también merecen la misericor- dia (Mateo 5, 43-47; Lucas 6, 27-28). Los escritos de los primeros cristianos siguen ya la misma senda. Es así como Paulo de Tarso, en la *Primera Epístola a los Corintios* declara «Si nos insultan, bendeci- mos; nos persiguen y lo soportamos todo» (4,12) y casi lo mismo en la *Carta a los Romanos* («benedicid a quien os persigue» 12,14). Las bienaventuranzas del conocido Sermón de la Montaña son todas, tam- bién, una promesa de que el perdón y el amor ampliado serán com- pensados en el futuro.

Por lo tanto, y en síntesis muy apretada, el cristianismo extiende, por una doble vía, la cultura de la obligatoriedad del perdón. Eso no

accept his burden and God does so. How great is grace!» NEWMAN, J.; «Cain's repentance», *European Judaism: A Journal for the New Europe*, Vol. 13, No. 1 (Autumn, 1979), p. 15.

²⁵ «Le respondió Jehová: Ciertamente cualquiera que matare a Caín, siete veces será castigado. Entonces Jehová puso señal en Caín, para que no lo matase cualquiera que le hallara». (Gn, 4,4).

²⁶ Claro que la clave está en que Jesús no ha venido exactamente a traer una *nueva ley*, una ley jurídica. Así, Küng: «La exigencia de perdón predicada por Jesús no debe ser interpretada en clave jurídica. No se proclama con ella una "nueva ley" basada en el principio de que hay de perdonar 77 veces, pero no 78. De la exigencia formulada por Jesús no se puede hacer una ley estatal. Por consiguiente, no se desle- gitiman los tribunales de los hombres. Pero la exigencia de Jesús es una llamada moral a la magnanimidad y la generosidad del hombre, del individuo – en ciertas cir- cunstancias, también a los representantes de los Estados – para que deje a un lado la ley en una situación concreta: para que se perdone una y mil veces. KÜNG, H., *El judaísmo: Pasado, presente, futuro (Das Judentum)*, Madrid, Trotta, 2013, p. 374.

²⁷ KÜNG, H.; *El judaísmo: Pasado, presente, futuro (Das Judentum)*, Madrid, Trotta, 2013, p. 46.

significa, sin embargo, que no se puedan encontrar límites en sus concesiones.

4.3 Dos cuestiones del perdón religioso: equivalencia en el perdón y límites temporales

Para los temas que aquí se van a tratar, hay que poner de relieve dos límites en la cultura cristiana del perdón, que agregan algunos matices a un concepto extremo de misericordia divina. Y esos límites, en nuestra opinión, producen efectos en el momento en que se traslada la obligación de perdón al Estado.

El primero de ellos, es que los Evangelios establecen un condicionante en relación al perdón de los pecados que viene dado por una relación de proporcionalidad. Los pecados de los individuos son perdonados *en la proporción* en que el individuo perdona a sus ofensores. Así se pone de manifiesto, de modo muy claro, en la parábola del deudor que pide al rey que le indulte una deuda enorme de diez mil talentos que tenía con el propio rey; tras ser perdonado, e inmediatamente después, el propio deudor no es capaz de perdonar una pequeñísima deuda de cien denarios que tenían con él²⁸. Al enterarse el rey de la ausencia de misericordia de su perdonado, suspende su concesión y le pone en la cárcel. Y con ello, la moraleja de la parábola: «Así hará también con vosotros mi padre celestial, si no perdonáis de corazón cada uno a su hermano». Igualmente, en la oración que el propio Maestro recomienda que sus discípulos repitan, se encuentra una clara recomendación de proporcionalidad: se pide el perdón de los pecados, pero no absoluto, sino en la cuota en que el propio individuo perdona a sus semejantes²⁹.

De esa constatación hay que extraer una consecuencia relevante para los objetivos de este texto: la moral cristiana no solo demuestra que existe un Dios clemente, que vino a sacrificarse para traer la oportunidad de perdón de todas las faltas a los individuos³⁰; como continuidad a la tradición judaica, la obligación del cristiano es la de *ofre-*

²⁸ Mt. 18, 26-35.

²⁹ La traducción al castellano del *Padrenuestro*, a la diferencia, por ejemplo, de la portuguesa, pierde mucho en esa idea de proporcionalidad. El original latino pone más de manifiesto la idea de que hay establecido un coeficiente: levanta nuestras faltas *según* perdonemos las ajenas («et dimitte nobis debita nostra, sicut et nos dimittimus debitoribus nostris»).

³⁰ Santo Tomás discute si Jesús ha perdonado todos los pecados directamente con su muerte en la cruz, y luego se le contesta: «3. Cristo, con su pasión, nos libró causalmente de los pecados, es decir, instituyendo una causa de nuestra liberación, en virtud de la cual pudiera ser perdonada cualquier clase de pecados en cualquier tiempo, tanto pasados como presentes o futuros; como si un médico prepara una medicina con la que pueda curarse cualquier clase de enfermedad, incluso en el futuro». THOMÁS DE AQUINO; *Suma de Teología, III*, Qu.48 a.4, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1994, p. 422.

cer el perdón, pues recibirá el perdón de sus faltas en esa misma proporción.

Otra cuestión, surgida del magisterio eclesiástico, está en que hay un *límite temporal* en el perdón de los pecados. La idea proviene de un interrogante anterior, que nos parece muy interesante: si el cristianismo señala que Dios es padre de infinita misericordia, ¿puede él perdonar a los demonios? Es decir, ¿si un demonio, ángel caído, resuelve pedir perdón por su rebeldía anterior, Dios lo perdonaría? La respuesta moral de la fe católica, al parecer, es rotundamente negativa. Ello se da por el motivo de que, en la interpretación del magisterio, los ángeles, comparados a los hombres, tienen una inteligencia privilegiada, con lo cual el tiempo de su decisión es más breve y tajante. En el caso del hombre esa rigidez es suavizada, pero aun así existe: en las palabras de Tomás de Aquino, parcialmente retomando a Damasceno³¹, el equivalente humano a tal límite temporal en el interregno hasta la muerte³². La muerte como límite del perdón es, al parecer, también una imposición de los estudios judaicos más recientes³³.

Aunque haya discrepancia acerca de la razón específica por la cual ese límite temporal se impone —es decir, si existe un límite temporal de misericordia o si ello coincide exactamente con la falta de posibilidad de ejercicio del libre albedrío— lo más cierto es que incluso el perdón de Dios puede ser infinito, pero no incondicionado. Eso explica que, en el propio ordenamiento penal vigente en la fecha³⁴, se establezcan límites temporales³⁵ para el levantamiento de la punibilidad de las faltas.

³¹ Es interesante que el catecismo de la Iglesia intenta matizar esa cuestión, agregando algo que no está en el escrito original de Tomás de Aquino. El catecismo vigente opta por el camino de interpretar la negativa de perdón no por una cuestión temporal, sino por la *imposibilidad de arrepentimiento*. Es decir, no que Dios no perdona, sino que Dios perdona a los arrepentidos, y a los ángeles rebeldes y a los humanos muertos esa posibilidad de arrepentimiento ya se ha desvanecido. «393 Es el carácter *irrevocable* de su elección, y no un defecto de la infinita misericordia divina lo que hace que el pecado de los ángeles no pueda ser perdonado. «No hay arrepentimiento para ellos después de la caída, como no hay arrepentimiento para los hombres después de la muerte» (San Juan Damasceno, *De fide orthodoxa*, 2,4: PG 94, 877C).

³² «En cuanto a la causa de dicha obstinación, no se ha de buscar en la gravedad de la culpa, sino en la condición del estado natural. Esto es así porque, como dice Damasceno, lo que para los hombres es la muerte, esto es para los ángeles la caída. Es evidente que todos los pecados mortales, grandes o pequeños, de los hombres son remisibles antes de la muerte». THOMÁS DE AQUINO; *Suma de Teología*, I, Qu.64, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2001, p. 592.

³³ «The Talmudists admit the possibility of deathbed repentances, and there are some good stories and striking adages on the subject. Thus, when R. Meir urges his teacher Elisha b. Abuja to repent of his apostasy, the sinner replies, «Up till when will they receive me?» and the answer is, «till the very hour of death» MONTEFIORE, C. G.; «Rabbinic concept of repentance», *The Jewish Quarterly Review*, Jan., 1904, Vol. 16, No. 2 (Jan., 1904), p. 225.

³⁴ Véase, por ejemplo, artículo 426 del Código Penal español.

³⁵ Pozuelo les designa «requisito cronológico», y, para la atenuante de confesión del CP español, encuentra como una de sus razones la de «agilizar la puesta en mar-

De todos modos, en el mundo cristiano, la misericordia divina, al contrario del sentido común, es también limitada. Eso autoriza a que sirva, como base cultural, a las novedosas ideas de perdón en Derecho penal: el perdón del arrepentido puede pasar por condiciones y límites que naturalmente se impregnan en la cultura. Además, el que quiera seguir la fe cristiana está obligado a perdonar siempre; de no ser así, al parecer el perdón de sus propios pecados no se materializa. Este es un detalle importante para que se advierta el contexto cultural general en el que rige nuestro ordenamiento jurídico.

5. EL PERDÓN DEL ESTADO Y SUS INFLUENCIAS

Si la religión judaica está basada en el perdón, y la religión cristiana extiende esa obligación hasta el punto de que exige a los fieles «amar vuestros enemigos» y «perdonar setenta veces siete», la pregunta que cabe formular es cuánto de esta obligación de perdonar se trasladará al juez penal, en el momento de imponer la sanción: ¿En caso que siga una moral cristiana, estaría el Estado obligado a perdonar todas las faltas del individuo?

El sentido común indica una respuesta negativa. La escisión entre Estado y religión no es una novedad de la Ilustración, sino que está enmarcada en el propio Evangelio. Cuando Jesucristo afirma su «dad al César lo que es del César» (Mt, 22, 15-21), trae evidencias de que sus palabras no son obligaciones del Estado, sino cuestión de fe. Su propia entrega a un juicio manipulado, que le condena a la pena capital, bajo la rotunda afirmación: «mi reino no es de este mundo» (Mt, 27) podría ser también prueba contundente de ello.

La respuesta, sin embargo, no es tan sencilla. El mismo momento de ese juicio demuestra una interferencia evidente del perdón judío, en el episodio de la liberación de Barrabás. Aunque haya autores que contrasten la veracidad de este hecho³⁶, para los documentos cristia-

cha y funcionamiento de los mecanismos de persecución penal, o, cuando menos, en el de reducir su intensidad o duración». POZUELO PÉREZ, L.; «La elasticidad interpretativa de las circunstancias modificativas: el cambiante efecto atenuante de la colaboración con la justicia», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 22-17 (2020), p. 22.

³⁶ Jae Lee, en texto monográfico, sigue en búsqueda de los fundamentos históricos de esa liberación. Y anota que hay más autores que dudan de la autenticidad de ese pasaje. «John Nolland offers cautious support for a 'Passover pardon' that would fit Pilate's attempt for release Jesus and request of some Judeans to release Barabbas instead. Nolland cites an article by Robert Merrit in support of his claim. But the cases that Merrit adduces reflect temporary social inversions associated with carnival, such as the Saturnalia. Moreover, Merrit uses the practices only to support a background form Mark's creation of the release of Barabbas, not as a basis for historicity of the release of Barabbas. There is also some evidence against the practice of clemency in the response to the pleas of the people. Suetonius Tiberius 37:2, reports that

nos el levantamiento de la condena del ladrón Barrabás por Pilatos aporta evidencias de que se traslada la costumbre del perdón pascual a las instancias de la justicia romana en tierras hebreas. De algún modo, la creencia de que existe una obligación de perdón ya se trasladaba al Derecho penal, en la tradición judaica.

Dentro del cristianismo, autores de la escolástica se han ocupado de la contradicción aparente entre el perdón ampliado e irrestricto que su Maestro ofrece, pero analizar a todos ellos excedería los límites de nuestro texto. Basta con citar que el libro XXI del *Ciudad de Dios*, de Agustín de Hipona, se dedica básicamente a encontrar el equilibrio que debe existir entre el mandato cristiano del perdón absoluto y la necesidad de aplicación del castigo por el Estado, en la ciudad de los hombres. El Valle de Lágrimas que representa el mundo terreno demanda una justicia humana, en que las reglas de la misericordia no están presentes. *Grosso modo*, Agustín encuentra en la pena terrenal³⁷, aplicada a los criminales, una parte de enmienda, de lo que contemporáneamente se podría denominar como una pena curativa³⁸; de otra parte, le resta peso al castigo del individuo, señalando que debe ser comprendido como una gracia que tendrá su efecto en el mundo celestial, a veces como forma terrena de expiación.

Aun con esas afirmaciones, hay que decir que la antinomia entre la obligación de ofrecer perdón y la necesidad de castigo estatal sigue siendo, a día de hoy, materia que incomoda a los pensadores de inspiración cristiana. En un documento reciente, la iglesia anglicana explora la dicotomía de modo bastante directo, afirmando que el perdón debe siempre ser rediscutido por las instituciones religiosas, como el más grande regalo de Cristo³⁹, lo que no significa que siempre la pri-

Tibeiros could not be moved to rescind punishment by requests of the people. Josephus *Ant. 20:2015* decries the action of Albinus to release prisoners who clearly deserved to be put to death and to execute those who were imprisoned for trifling in commonplace offences». LEE, J. W.; «Pilate and the Crucifixion of Jesus in Luke-Acts», in *Luke Acts and Empire, Essays in Honour of Robert L Brawley*, Oregon, Wipf and Stock Publishers, 2011, p. 59.

³⁷ BLÁZQUEZ FERNÁNDEZ, N.; *La pena de muerte según San Agustín*, Editorial Augustinus Revista, Madrid 1975; Del mismo autor, se pueden consultar: *Estado de derecho y pena de muerte*, Noticias, Madrid 1989; *Pena de muerte*, San Pablo, Madrid 1994.

³⁸ «Nosotros, ciertamente, reconocemos la existencia de algunas penas purificadoras en esta vida mortal. No se trata de torturar la vida de aquellos que con un castigo no mejorarán, o incluso se volverán peores. Son purgativas para aquellos que con tales aflicciones se corrigen. Todas las demás penas, temporales o eternas, deben ser enjuiciadas a la luz de la divina Providencia, que ha de tratar a cada uno: se aplican por los pecados ya pasados o por aquellos en los que actualmente vive el castigado, o también para ejercitar o hacer brillar las virtudes por medio de los hombres o de los ángeles, sean buenos o malos», Libro XXI, cap. XIII, in: Biblioteca Valenciana Digital. También en www.augustinus.it

³⁹ «The church can't stop talking about forgiveness, however. Forgiveness is at the heart of the good news of Jesus Christ. That doesn't mean that forgiveness needs to be the first thing that the church says in every situation. Moreover, it doesn't mean

mera respuesta de la hermandad deba ser su oferta inmediata e incondicionada. El consejo anglicano se plantea la cuestión de cómo conciliar el perdón irrestricto con el dolor de aquellos que son víctimas de abusos sexuales, especialmente dentro de los muros de su propia iglesia. Sin renunciar a las responsabilidades, el documento encuentra soluciones que no se pueden ignorar: el arrepentimiento es contenido irrenunciable de la conquista del perdón divino, que la iglesia está obligada a conceder. Pero parte sustancial de este arrepentimiento es que el individuo se someta a las leyes humanas que retribuyen al delito⁴⁰, sea como consecuencia de punición, sea, incluso, como forma de evitar que el individuo tenga la oportunidad de repetir la misma ofensa⁴¹ (lo que, en términos penales, significaría la inocuización). La toma de posición de la carta anglicana es rotunda: no se puede dar la oportunidad de que el perdón religioso sea utilizado como forma de bloqueo de la justicia humana⁴².

Es importante que, en la contemporaneidad, un documento rescate lo que antes ya se ha escrito sobre el vínculo que existe entre la punición y el perdón religioso, incluso para aclarar lo que más adelante vamos a defender: que los principios religiosos no pueden significar un perdón no razonado dentro del sistema legislativo, mucho menos cuando él implique una distribución de justicia desigual, que imponga diferencias entre clase alta y clase baja.

that forgiveness is an easy thing to talk about, that its meaning is obvious and doing it is straightforward. Forgiveness in Christian teaching is first and foremost God's gift, and the church has a corresponding responsibility to weigh its words carefully when it wants to speak about this gift and therefore about the one who gives it». VV AA; *Forgiveness and reconciliation in the aftermath of abuse*, Faith and Order Commission of the Church of England, Church House Publishing, London, 2017, p. 04

⁴⁰ «To forgive sin is not tantamount to saying that sin does not matter and its consequences can be waved aside. A faith that has at its centre a crucified Saviour should never dare to think that. The two sides of forgiveness – receiving it and giving it– both begin with recognizing that what has been done *is* sin, and that sin is a deeply serious thing, a deeply destructive thing, more serious and more destructive than we can ever fully comprehend...». VVAA; *Forgiveness and reconciliation in the aftermath of abuse*, Faith and Order Commission of the Church of England, Church House Publishing, London, 2017, p. 12

⁴¹ «In the case of those who have committed abuse, part of such repentance will be a willingness to face the consequences, including legal consequences, of acknowledging the sin that has been committed. This has implications for the ministry of absolution within the church. Moreover, the nature of abuse (and not least the way it may habituate the abuser to self-deceit) can make it difficult for repentance to take root. Evidence of repentance cannot mean that no constraints should be placed on a person's access to situations where re-offending would be possible...». VVAA; *Forgiveness and reconciliation in the aftermath of abuse*, Faith and Order Commission of the Church of England, Church House Publishing, London, 2017, p. 15.

⁴² We have also been aware that the language of forgiveness can be used to block the way to justice. VVAA; *Forgiveness and reconciliation in the aftermath of abuse*, Faith and Order Commission of the Church of England, Church House Publishing, London, 2017, p. 18.

Los límites del traslado de la religión al perdón estatal son estrechos, y el riesgo de que se pueda utilizar la cultura de la misericordia como forma de renunciar a la equidad de distribución de la justicia penal debe ser anulada. Este es uno de los objetivos de nuestra reflexión.

6. PERDÓN Y LA CLEMENCIA DEL MONARCA

La afirmación que hemos sostenido, de que el perdón tiene su origen en la cultura judeo-cristiana, a partir de un Dios que exige que se disculpen las faltas a sus semejantes, puede encontrar alguna resistencia de aceptación entre los lectores. Al final, no faltan en la Historia prejudaica ejemplos de levantamientos de pena a condenados de toda naturaleza, como señal de la clemencia del gobernante.

Obra más que reconocida en el tema es el tratado de Séneca, *Sobre la clemencia*, en que el autor intenta dar lecciones a Nerón sobre las virtudes de no dejar moverse por la ira. El concepto que se encuentra en Séneca, empero, no es exactamente el perdón, porque está bastante lejos de disculpar las faltas y comprenderlas, sino más bien de superar momentos conflictivos y reafirmar la autoridad del monarca, en el momento en que él condiciona su superioridad moral cuando se disculpa, y se impone como individuo superior. Los planteamientos de Séneca, en nuestra opinión, están mucho más próximos a la idea política romana –que al final fue uno de los grandes diferenciales de su imperio– de no transformar a los vencidos de guerra en enemigos, sino de saber gobernar a su lado, lo que era la única forma de hacer crecer al Estado, apaciguando insurgencias locales. La concepción de los sometidos amigos o reinos clientes⁴³, los *socci*, hacían necesaria una política de paz luego del fin de los conflictos armados, que a la vez consiguiese mantener la autoridad del emperador de Roma; ese es el contexto principal, en nuestra visión, en el cual se deben interpretar las palabras del estoico. Su preocupación primera está en la legitimidad del monarca⁴⁴, que deja de aplicar la ley penal, al menos, para

⁴³ La locución de los «reinos clientes» la retiramos de Sáez: «De esta forma, el control que ejerció Roma de estos clientes es netamente hegemónico, ya que seguían disponiendo –teóricamente– de la libertad para ordenar sus asuntos internos». SÁEZ GEOFFROY, A.; *Política, estrategia y pensamiento militar bajo los Antoninos*, Tesis doctoral de la Universitat de Barcelona, 2007, p. 120. Véase también SAND, P. C.: *The client princes of the roman empire under de republic*, New York, Arno Press, 1975, pp. 186.

⁴⁴ «Por tanto, como te decía, la clemencia conviene por naturaleza a todos los hombres, pero especialmente se adecua a los emperadores, en la medida en que en ellos tiene más que conservar y se manifiesta en cuestiones de mayor alcance. ¡En efecto, cuán poco daña la crueldad de un hombre privado! La saña de los príncipes equivale a la guerra. Y, aunque exista concordia entre las virtudes y no haya una mejor

imponerse como aquel que detiene el poder y crece en virtud⁴⁵. Si bien es verdad que Séneca crea referencias importantes sobre la idea de justicia y el merecimiento⁴⁶, su foco está en la preservación del monarca, como forma importante de manutención de la paz y del fortalecimiento del Estado.

El perdón del Estado, en manos del monarca, como medio de ponerse por encima de la ley⁴⁷ y buscar la justicia en un horizonte más amplio, a la vez que se reafirma como el único detentor del poder, abunda en la literatura política y, claro, en los ejemplos históricos. Quevedo, entre sus escritos políticos, hace proselitismo de la necesidad de aplicar la pena como justicia, a la vez que, a partir de los Evangelios y de las cartas de Paulo apóstol, demuestra Quevedo que el rey debe hacer lo posible por dar el perdón, imitando a Cristo⁴⁸. El Quijote, de modo análogo, al disertar sobre las cinco razones que justifican la guerra, demuestra que el perdón cristiano tiene que intentarse imponer como primer peldaño, aunque reconozca ser un mandamiento difícil de cumplir, al menos a los que «tienen menos de Dios que del mundo y más de carne que de espíritu»⁴⁹.

En otras palabras, desde aquellos tiempos la utilidad práctica y política del perdón se mezclaba con la creencia religiosa, lo que ha cambiado con el paso del tiempo. Sin embargo, sostenemos que

ni más honrosa que otra, cada una se adapta mejor a un tipo de personaje» SÉNECA; *Sobre la Clemencia*, Trad. Carmen Codoñer, Madrid, Alianza, 2018, p. 74.

⁴⁵ «Cosa de mujeres enloquecer con la cólera, y de fieras –ni siquiera nobles– morder y acosar a los caídos. Los elefantes y leones no se detienen ante los que derriban; el enconamiento es cosa propia de las bestias innobles» SÉNECA; *Sobre la Clemencia*, Trad. Carmen Codoñer, Madrid, Alianza, 2018, p. 75.

⁴⁶ «Y sé que hay gente que piensa que son los peores los que reciben el apoyo de la clemencia, ya que es superflua si antes no existe el delito, y que esta cualidad únicamente deja de tener sentido entre los inocentes. Pero, en primer lugar, tal como la medicina se ocupa de los enfermos, y también los sanos la respetan, así aunque recurran a la clemencia los que merecen castigo, también los inocentes la veneran». SÉNECA; *Sobre la Clemencia*, Trad. Carmen Codoñer, Madrid, Alianza, 2018, p. 68. En la misma página (1), «pues es cierto que en determinadas circunstancias suceden ciertas cosas que, aunque objeto de elogios, pueden recibí castigo». (2) «Añade que existe una gran parte de los seres humanos que podría recuperar la inocencia, si se le perdonase».

⁴⁷ En ese sentido, Molina Fernández, criticando el indulto como «institución opaca» en la realidad española, «ajena al extraordinario desarrollo de las garantías jurídicas en el último siglo», afirma que «El imperio de la ley y de los tribunales en sus respectivas competencias hoy no necesita argumentación; las excepciones a ese imperio, sí». MOLINA FERNÁNDEZ, F.; «El indulto y sus razones: justicia, utilidad, clemencia y cautela», en *El indulto: pasado, presente y futuro*, Madrid, IBDeF, 2019, p. 257.

⁴⁸ «Muchos son buenos, si se da crédito a sus testigos. Pocos, si se toma declaración a sus conciencias. En los malos, en los impíos, se les ha de demostrar misericordia. Por los delincuentes, se han de hacer finezas. ¿Quién padeció por el bueno? Con estas palabras habló elegante la caridad de San Pablo (ad Rom, 5)». QUEVEDO, F.; *Política de Dios, gobierno de Cristo*, Madrid, Imprenta La Rafa, 1930, p. 34.

⁴⁹ Parte II, cap. XXVII.

todavía el perdón mantiene esa idea mixta: la de que el arrepentido debe ser perdonado, y que la forma ideal de actuación del Estado es el indulto de las faltas, en imitación a Cristo. Las clemencias que existen en la Historia, a partir del Cristianismo, aunque con su trasfondo político, siempre se legitiman por la idea cristiana de que levantar la pena es un mandamiento que se debe buscar. Dentro de lo posible, un gobierno siempre encontrará justificativos morales para la imposición del perdón de delitos⁵⁰, y una sociedad que consiga superar el círculo de venganza, aunque pague algún precio por la impunidad⁵¹, logrará encontrar una paz⁵² legitimada en términos penales. Es lo que se propone.

⁵⁰ En España, los episodios de perdón en casos de revueltas han sido variopintos. El perdón de todos los Santos, que pone fin al levante de los Comuneros es uno de los ejemplos, narrado por Ricardo Mata: «En la práctica todas las ejecuciones de pena capital serían anteriores a la concesión del perdón real de todos los Santos, a excepción del muy singular caso del obispo Acuña. Se dio paso posteriormente a la preparación de una amnistía general para los sucesos comuneros. Se trataba de un perdón general o amnistía, de la que sin embargo se excluía a algunos de los comuneros considerados más significativos y que eran mencionado expresamente (los exceptuados), en una relación de 293 nombres, entre los que, eso sí, se incluían algunos ya juzgados y condenados.» MATA Y MARTÍN, R.; «La justicia penal en el levantamiento comunero de Castilla. Las ejecuciones de Villajar y otros episodios», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, vol LXXIII, 2020, p. 134. Pero también hay otros ejemplos, muy bien documentados, en Rodríguez Flores. Allí, la autora demuestra como las reglas de los indultos estaban muy involucrados a la religión. En sus palabras: «Las partidas consideraban motivo de concesión de un perdón general el amor de Nuestro Señor Jesucristo, y lógicamente ese amor se mostraba en la concesión del perdón que se otorgaba en dicho día, y podía afectar y de hecho afectaba a varios reos. Juan II, en las Cortes de Valladolid de 1447 establecerá unas normas fundamentales para estas materias de perdonos, regulando la concesión de estas gracias con ocasión del Viernes Santo, o día de Indulgencias». RODRÍGUEZ FLORES, M. I.; *El perdón en Castilla*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1971, p. 47.

⁵¹ Dos líderes religiosos, a su tiempo, coinciden en que el perdón puede costar injusticia o, al menos, esfuerzo de superación a una de las partes. «En la vida, no todo se resuelve con la justicia. No. Especialmente donde debemos poner una barrera al mal, alguien debe amar más de lo necesario, para comenzar una historia de gracia nuevamente. El mal conoce sus venganzas, y si no se interrumpe, corre el riesgo de propagarse y sofocar al mundo entero». BERGOGLIO, J.; *El padrenuestro*, Barcelona, Centre de Pastoral Litúrgica, 2019, p. 64. Asimismo, Ratzinger: «La ofensa –dice– es una realidad, una fuerza objetiva que ha causado una destrucción que se ha de remediar. Por eso el perdón debe ser algo más que ignorar, que tratar de olvidar. La ofensa tiene que ser subsanada, reparada y, así, superada. El perdón cuesta algo, ante todo al que perdona: tiene que superar en su interior el daño recibido, debe como cauterizarlo dentro de sí, y con ello renovarse a sí mismo, de modo que luego este proceso de transformación, de purificación interior, alcance también al otro, al culpable, y así ambos, sufriendo hasta el fondo el mal y superándolo, salgan renovados. En este punto nos encontramos con el misterio de la cruz de Cristo». RATZINGER, J.; *Jesús de Nazaret*, Madrid, La Esfera de los Libros, 2007, p. 195.

⁵² En resumen, la justa causa «se cumplirá si en la guerra no se busca otra cosa que la paz, la mayor conservadora de las ciudades y de la sociedad humana, y a cuyo mantenimiento atiende principalmente la vida social en su conjunto, especialmente en una sociedad establecida con rectitud y sabiduría». GINÉS DE SEPÚLVEDA, J.; «Demó-

7. MANIFESTACIONES LEGÍTIMAS DEL PERDÓN: JUSTICIA TRANSICIONAL E INDULTOS

Evitar que los conflictos se dilaten en el tiempo es función del Estado, como es su función buscar la paz. Hay momentos en que la pena deja de ser un modo de establecer prevenciones generales y se transforma en un instrumento de perpetuación de embates que a nadie interesa mantener. Cuando esa última hipótesis se configura, el perdón se justifica. Sin embargo, hay condiciones para que ocurra, si es que se aspira a alcanzar una paz duradera.

Ausente la finalidad de la paz, toda forma de perdón pierde su legitimidad y más bien aparece como algo meramente nominal, que, bajo el discurso de la superación de conflictos y cumplimiento de la moralidad judeo-cristiana en que estamos inmersos, acaba por traer desigualdad y por mantener privilegios, además de promover más persecución penal. A raíz de un perdón equivocado, se puede amplificar la conflictividad del Derecho penal.

En las próximas líneas, se busca trazar un mínimo criterio para la detección de rasgos de perdón en la práctica de superación de conflictos. Los pactos, amnistías e indultos de la justicia restaurativa; los acuerdos del «arrepentido» en la justicia premial de los delatores; y, finalmente, el reconocimiento, por la Justicia, de la ausencia del estado de normalidad en el momento de los delitos. Son aplicaciones concretas del tema que acá se pone en estudio, pero que traen alguna confusión que habrá que elucidar.

7.1 La justicia transicional y restaurativa: cómo evoluciona la no-repetición

Si reconocemos que el Estado perdona la pena con el objetivo de poner fin a una situación de conflicto, las novedosas experiencias de justicia transicional y restaurativa⁵³, especialmente en Latinoamérica, juegan un papel relevante para la comprensión del instituto. Queda por responder, si la justicia que quiere superar los grandes traumas encuentra legitimidad frente a los postulados de Derecho penal, y si ello pasa por la aplicación del perdón.

crates o Diálogo sobre la dignidad del oficio de las armas», en *Obras completas*, t XV, Pozoblanco, Ediciones del Ayuntamiento de Pozoblanco, 2010, p. 101.

⁵³ Para un concepto completo sobre justicia restaurativa, véase GALAIN PALERMO, P.; *Justicia Restaurativa y Sistema Penal: ¿Cambio de paradigma o nuevas herramientas de la justicia penal?*, Montevideo, Univ. Católica de Uruguay, 2015, pp. 27-29 especialmente. En España, véase: TAPIA BALLESTEROS, P. e IGLESIAS RÍO, M. A.; «Aproximación a la Justicia Restaurativa en el ámbito penal en España», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 127, 2017.

En nuestra opinión, el concepto de justicia transicional ha sufrido intensos cambios, hasta encontrar lo que hoy es el verdadero camino hacia una cultura de superación de contiendas, en lo que se puede llamar teleología de la paz. Conscientes de que esta justificación necesitaría muchas más páginas explicativas, corresponde señalar que la idea de «tribunales de transición», es decir, de intentos de realización de juicios para poner punto final a los conflictos, no son novedad en nuestra historia. Sin embargo, identificamos un progresivo abandono de la retribución y de la venganza, en los juicios de paz, que se hace relevante reseñar.

El primer gran esfuerzo contemporáneo para poner en juicio ordinario a los culpables de delitos de guerra se establece con el Tribunal de Nuremberg, consolidado ya en los finales de la Segunda Guerra Mundial. Es lo que podríamos indicar como un primer peldaño en la justicia transicional, que se caracterizó por la retribución grave y las penas draconianas. En el fallo de los líderes nazis, el alcance del ideal de no-repetición (el conocido «*nie wieder*» al holocausto judío) va por el cauce del castigo ejemplar, que los penalistas llamamos «prevención general negativa». En otras palabras, es por la aplicación de la pena de muerte, legitimada en juicio, que se transmite el mensaje de que hechos análogos no deben repetirse en el futuro. La misma estrategia, quince años después, se repite en el conocido juicio de Eichmann, quien, secuestrado por el Mossad en Buenos Aires, acaba condenado a la horca por sentencia del tribunal israelí.

Un segundo peldaño en términos de justicia internacional se hace a partir de los casos de tribunales internacionales *ad hoc*, constituidos en la década de 1990 por determinación del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. En los episodios de los genocidios en Ruanda y antigua Yugoslavia, la condena a muerte estaba proscrita, y muchas de las penas a prisión perpetua se han convertido en encarcelamientos de hasta treinta años. Si tomamos como principal ejemplo el caso del país africano, el pequeño número de condenados frente a lo que significó una matanza con centenas de miles de víctimas, aproxima la condena hacia lo que los penalistas llamaríamos prevención general positiva: antes que un castigo efectivo a todos los implicados, se trató de dar un mensaje de que la vida humana es un bien a ser protegido por la comunidad internacional, más allá de las disputas internas de países soberanos.

El último peldaño en la justicia transicional está en la Justicia y Paz y en la actual Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia. A partir de experiencias de justicia transicional fallidas o meramente simbólicas de los países latinoamericanos para con las violaciones masivas de derechos humanos habidas en sus dictaduras militares, en que se exceptúan casi solamente Venezuela y la propia Colombia, esta nación construye una justicia que logra implementar la cultura de transformación y perdón, frente a sus problemas de guerrilla interna.

7.2 Los pactos de paz en su máxima evolución

El Pacto de Paz⁵⁴ que tiene lugar entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP sedimenta un nivel mucho más elevado de los estudios sobre perdón y superación de conflictos. Los esfuerzos que hicieron juristas de todo el mundo, especialmente los de aquella nación, para llevar a cabo un perdón condicionado han de ser valorados en este momento. El Pacto resultó en un documento de 300 páginas que, aunque sea de difícil interpretación, lanzó las bases efectivas para la justicia restaurativa: sus cuatro pilares de verdad, reparación, justicia y no repetición constituyen a día de hoy una doctrina indiscutible. Con ello, en breves palabras, el Pacto ha manifestado la necesidad de: 01) reconocer a las víctimas, es decir, señalar quiénes ocupan esos lugares; 02) reconocer las responsabilidades de los autores de los delitos; 03) promocionar la reparación; 04) garantizar la no repetición⁵⁵ de las afrentas.

En ese sistema, hay que identificar la fuerza de un doble mecanismo. Primero, no se establece un perdón absoluto de los hechos, sino una punición más liviana. Aquellos que sean reconocidos como miembros de las fuerzas del Estado o de las FARC, que asuman participación en ataques ocurridos durante el período de duración de los enfrentamientos (hasta el año de 2016), siempre y cuando confiesen el delito⁵⁶ y pidan perdón, reciben una pena de restricción de libertad que no es la cárcel, en el rango de 5 a 8 años. Los que asumen tardíamente esos delitos pueden ser encarcelados por ese mismo intervalo de 5 a 8 años, y los que no admitan su participación en sus crímenes⁵⁷, si resultan condenados, pueden recibir prisión hasta un máximo de 20 años.

⁵⁴ Su nombre completo es «Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz estable y duradera».

⁵⁵ Es interesante que el referido Acuerdo haya afirmado que la condición de «no repetición» se alcanza con la implementación de las reformas allá establecidas. En sus palabras exactas: «El fin del conflicto y la implementación de las reformas que surjan del Acuerdo Final, constituyen la principal garantía de no repetición y la forma de asegurar que no surjan nuevas generaciones de víctimas.», p. 124. Esa idea de no repetición está muy cerca de lo que era el perdón judaico. En la obra de Nussbaum «But confession is only a first step. The sinner must then take steps to chart a course that will avoid the sin in the future. This course must begin with sincere regret and a commitment not to repeat the sin. God «discerns all hidden things.» and yet the statement of regret should also be made verbally (publicly if another person is involved, secretly if only God is involved)». NUSSBAUM, M.; *Anger and forgiveness: resentment, generosity, justice*, New York, Oxford University Press, 2016, p.

⁵⁶ Para una rigurosa comprensión de las normas que inciden ahora en la Jurisdicción Especial para la Paz, véase SERRANO, S.; «La integración del Derecho Internacional Humanitario en la Jurisdicción Especial para la Paz», en *Derechos Humanos Justicia Transicional y Perspectivas Globales*, Ramírez Barbosa, p. A. y Rodríguez, V. G. (orgs), Bogotá: Tirant lo Blanch, 2021, p. 320.

⁵⁷ Se trata del principio de que Desmond Tutu ya narraba, al cuidar de la justicia transicional en Sudáfrica: «It is also not true that the granting for amnesty encourages impunity in the sense that perpetrators can escape completely the consequences of

El segundo mecanismo es la narrativa exhaustiva de los hechos⁵⁸. Ella es la clave para lograr lo que existe de más efectivo en la cultura judeo-cristiana del perdón: el reconocimiento de las faltas, el arrepentimiento y el camino hacia la reparación.

7.3 La importancia de la narrativa de los hechos

Las concepciones más contemporáneas del perdón alcanzan la importancia de esa narrativa exhaustiva de los hechos. Griswold, por ejemplo, en un intento de sistematizar el perdón, diseña seis requisitos, entre los cuales está, tal vez como más crucial, «ofrecer una narrativa que explique cómo llego a la falta y cómo ese hecho que cometió no representa la totalidad de su persona»⁵⁹. Aunque el autor imponga muchos matices en cuanto a la necesidad de esa narrativa cuando se trata de perdón en esferas políticas, bien es cierto que la enunciación de los hechos por el propio ofensor es una de las formas más eficaces de poder perdonar. Si bien es cierto que es posible que una narrativa pueda resultar sesgada por el punto de vista del ofensor y de las propias víctimas, también es verdadero que el relato es la única forma de establecer no solamente qué es lo que se perdona, sino cómo el ofensor interpreta sus propias acciones⁶⁰.

La construcción narrativa se muestra como el más eficaz instrumento para la reparación, porque viene a ser el momento en que el ofensor asume que incurrió en errores⁶¹. Los riesgos de que su petición de perdón sea simplemente formal disminuyen proporcionadamente al nivel de detalles que consigue ofrecer en su relato. No sola-

their actions, because amnesty is granted only to those who plead guilty, who accept the responsibility for what they have done. Amnesty is not given to innocent people or to those who claim to be innocent. It was on precisely this point that amnesty was refused to Steve Biko. They denied that they had committed a crime, claiming that they had assaulted him only in retaliation for his inexplicable conduct on attacking them. Thus the process in fact encourages accountability rather than the opposite. It supports the now culture of respect for human rights and acknowledgment of responsibility and accountability by which the now democracy wishes to be characterised.» Tutu, D. M.; *No future without forgiveness*, London, Random House, 1999, pp. 91-92.

⁵⁸ «Cualquier discusión de este punto debe partir del reconocimiento de responsabilidad frente a las víctimas del conflicto. No vamos a intercambiar impunidades». Colombia, «Acuerdo Final», p. 124.

⁵⁹ «Offer a narrative accounting for how she came to do wrong, how that wrongdoing does not express the totality of her person, and how she is becoming worthy for approbation». GRISWOLD, C. L.; *Forgiveness: a philosophical exploration*, NY, Cambridge University Press, 2007, p. 250.

⁶⁰ Sobre la forma como la narrativa y la verdad toman distancia, pero a la vez significan la única forma de reconstrucción a partir del narrador, véase, entre tantos, RICOEUR, P.; *Historia y narrativa*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 144.

⁶¹ En sentido paralelo, el texto de ARROYO ZAPATERO, L.; «Sobre la utilidad de narrar el mal para mejor prevenirlo. Una contribución a Derecho y Literatura», *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Silva Sánchez, J. M.ª/Queralt Jiménez, J. J. (org), Buenos Aires, IBdeF, 2017, pp. 15-27.

mente presentar delitos, como homicidios, sino detallar sus circunstancias, su progresión en el tiempo, la participación efectiva de cada personaje en los resultados, el punto álgido conflictivo de los procesos de decisiones, todo ello aparece como condicionante mínimo para el perdón por parte del Estado y de las víctimas. Simplemente la acción de narrar puede conducir, como a su tiempo describió Desmond Tutu, a un proceso de catarsis que conlleva a que los propios ofensores, en el momento de narrar, noten sus errores⁶².

En los procesos de la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia, la promoción de entrevistas entre verdugo y víctimas, que es condicionante de la merma de la pena⁶³, debe empezar con esa cabal exposición por parte del agente a las víctimas o a su familia, lo que da muestras de su arrepentimiento. Desde nuestro punto de vista, el proceso de entrevista con las víctimas trasciende el momento de enunciación del arrepentimiento, alcanzado con la narrativa de los hechos, y es la principal forma de asegurar que exista una garantía de no repetición, es decir, si el ofensor se propone no reproducir hechos equivalentes en el futuro.

De ese modo, la narrativa se transforma en el punto álgido de la «no repetición» por lo que los penalistas determinarían como prevención especial positiva: la reparación moral del propio individuo ofensor, registrada en el relato exhaustivo de los hechos, dispensa la aplicación de la pena, al menos en su integralidad. Eso alcanza a responder la crítica de los penalistas de que cualquier sanción que se legitime solamente en el ámbito de la prevención positiva (general o especial) dispensaría imposición de restricción y sufrimiento, más aproximando de un indulto integral. No creemos que sea exactamente así, pero sí hay que reconocer que, siempre y cuando ocurra en el marco excepcional de la transición, la postura teleológica de alcanzar la paz es justificante de la exención del castigo.

⁶² «The examples of reconciliation or willingness to forgive that I had described in the las chapter were not the only ones. We found that many who came to the Commission attests afterwards to the fact that they had found relief, and experienced healing, just through the process of telling their story. The acceptance, the affirmation, the acknowledgment that they had indeed suffered was cathartic for them». Tutu, D. M., *No future without forgiveness*, London, Random House, 1999, p. 127.

⁶³ Véase, por ejemplo, el Auto 080 de 2019, de la JEP, en que se sostiene el derecho de las víctimas a comparecer a la audiencia de los culpables: «reiteramos a la SRVR nuestra solicitud de reconsiderar en esta fase procesal el derecho que le asiste a las víctimas y sus representantes de participar de manera directa en la versión voluntaria que rendirá el compareciente LFCV, y en consecuencia solicitamos se autorice la presencia de los abogados en las versiones voluntarias y se disponga de una sala de audiencias para que las víctimas puedan observar la retransmisión de la versión voluntaria, y en caso tal, aportar nuevos interrogantes para que le sean formulados al compareciente». El auto está disponible en la página de la JEP, Macrocaso 03, donde se afirma que: «Al atender el llamado de las víctimas y sus representantes, para este caso la Sala de Reconocimiento permitió que las víctimas participaran en las versiones rendidas por los comparecientes». Consúltese: <https://www.jep.gov.co/especiales1/macrocasos/03.html>

Se trata, en resumen, de un proceso de prevención positiva y de garantía de no repetición, que ocurre por vía del perdón⁶⁴, condicionado a la muestra narrativa del arrepentimiento. Arrepentimiento que, al ser comprobado, también es forma de satisfacción de la víctima, en un círculo que se cierra, dispensando la necesidad de imposición de sufrimiento.

8. EL ABUSO DEL DISCURSO DE PERDÓN

Si bien el perdón se puede concretar en supuestos de justicia transicional y restaurativa, en su práctica contemporánea, es obligatorio identificar, a su vez, que existen distorsiones en su aplicación. De alguna forma, la figura de la disminución de la pena al delator, la superación de las faltas de las empresas por programas de *compliance* y el perdón habido por reconocimiento de estado de cosas constitucionales son algunas de esas distorsiones, que acá merecen un breve repaso.

8.1 Delación premiada: falso arrepentimiento y utilitarismo verdadero

Uno de los institutos en que la figura del perdón aparece más evidente en la contemporaneidad, en el marco de lo que se denomina «justicia premial», es la delación premiada. Aunque se trate de un instituto no del todo implementado en España, es inequívoco que existe una presión internacional para que se adopte en todas las legislaciones del globo, con lo cual no es difícil prever que sea incorporada al Derecho ibérico en pocos años. De ahí, que cobre relevancia encontrar sus verdaderos puntos de contacto con el perdón.

El instituto tiene como base el utilitarismo más radical, que ha encontrado lugar seguro en la cultura anglosajona, no solamente porque allá, con Bentham, nace ese planteamiento filosófico directamente aplicado a las sanciones penales. También debe advertirse que, los movimientos cristianos más típicos de Estados Unidos,

⁶⁴ La idea de que hay que perdonar para ganar la confianza del ofensor es el tema central de Bartolomé de las Casas en su *De único vocationis modo*. Es interesante rescatar su trabajo, cuando se cuida de hacer renacer la idea de paz y reconstrucción. En sus palabras, por ejemplo: «Pero este modo de predicar enseña lo contrario, es decir, que matando y despedazando de manera soberbia, furiosa, violenta, dura y cruel, y por tanto haciendo males, se entreguen por medio de una muerte innatural, intempestiva e injusta, al poder, dominio y capricho del demonio para ser atormentados eternamente, a pueblos que fácilmente podían ganarse para Cristo. Luego este modo de predicar es contrario al modo que Cristo prescribió de palabra y de obra para predicar el evangelio» Las Casas, B. de; *Del único modo de atraer a todos los pueblos a la verdadera religión*, México DF, Fondo de Cultura Económica, 1975, p. 361.

como los *quakers*, alteran la moral cristiana entonces vigente para añadir a ella un rasgo productivista⁶⁵, dentro del cual cabe el concepto utilitario. Eso en gran parte explica, en nuestra visión, lo que ha permitido que Estados Unidos de América sea la cuna de esa forma de justicia negociada⁶⁶.

En rasgos generales, en la figura de la delación premiada, el Estado ofrece el perdón total o parcial de la pena, a cambio de informaciones importantes que el delator pueda aportar acerca de sus compañeros en la criminalidad. Es, aparentemente, un acto de perdón de las faltas del individuo, que asume una función ciudadana de desbaratar la criminalidad organizada y facilitar la persecución penal.

El principal problema de la delación contemporánea, sin embargo, es que ella no está adaptada a la misma cultura judeo-cristiana que predomina en la latino-germánica. Basta con decir que el mayor ejemplo de malhechor del Evangelio fue un delator. Ya sea ahorcándose, ya sea estrellando sus entrañas contra el suelo⁶⁷, es incontrovertible que Judas se suicida después de entregar a su maestro: con la licencia de la interpretación que damos del sensible ejemplo religioso⁶⁸, el que trai-

⁶⁵ Los textos seminales del utilitarismo claramente demuestran la cabida de la delación premiada. Algunos fragmentos específicos de los «*Principles of moral and legislation*», de Bentham, más bien parecen una oda al premio al delator. Véase, por ejemplo, el fragmento sobre los servicios del delincuente: «2. The extraordinary value of the services of someone delinquent; in the case where the effect of the punishment would be to deprive the community of the benefit of those services». (XIII, XVI.2) BENTHAM, J.; *An introduction to the principles of moral and legislation*, New York, Burns and Hart-Oxford, 2005. p. 164. Sin embargo, la pregunta más importante es saber por qué Estados Unidos incorporó la ética utilitarista tan de lleno, y en ese sentido la conocida explicación de Weber, aunque no exhaustiva en nuestros límites, ayuda muchísimo: el protestantismo puritano contempló la lógica productivista de Adam Smith a una obligación del buen cristiano. Así Weber, por ejemplo, explica como Baxter trajo al fundamentalismo postluterano el discurso utilitarista: «Según la ética cuáquera, la vida profesional del hombre tiene que ser un ejercicio coherente de las virtudes ascéticas, una acreditación de su estado de gracia en un carácter concienzudo, el cual se traduce en el cuidado y en el método con los que desempeña su profesión. Lo que Dios exige no es el trabajo en sí mismo, sino el trabajo racional. Es en ese carácter metódico del ascetismo en el trabajo donde pone, el énfasis la idea puritana de la profesión, no como en Lutero, quien lo ponía en la resignación con la suerte asignada por Dios». WEBER, M.; *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, trad. J. Abellán, Madrid, Alianza Editorial, 2012, p. 244.

⁶⁶ Al principio, sin embargo, el *plea bargaining* fue duramente contestado en Estados Unidos, por ser una forma de mermar el debido proceso legal, o, más, por significar una forma disfrazada de tortura. Para Langbein: «Plea bargain, like torture, is coercive». LANGBEIN, J. H. (1978): «Torture and Plea Bargaining», *University of Chicago Law Review*, 1978 Vol. 46: Iss. 1, Article 3, p. 13.

⁶⁷ La Biblia cristiana diverge en el modo en que ocurre la muerte del apóstol, aunque sea seguro que la culpa lo lleva a suicidarse. Ahorcado (Juan 21: 20-22 y Mateo 27: 5) o arrojándose del acantilado, conforme Actos de los Apóstoles 1: 18, en que se narra que su cuerpo se partió al medio, «y todas sus entrañas se derramaron».

⁶⁸ No se nos escapa que la demonización de Judas puede tener sus perances lógicos, ya que él había actuado de modo esencial para que la profecía se cumpliera. Se retoma toda la cuestión de la antinomia entre predestinación y libre-albedrío, hasta

cionó a Cristo no había hecho nada distinto que establecer un acuerdo de colaboración premiada con los representantes de Roma, no solo a cambio de las célebres treinta monedas de plata, sino también, ciertamente, obteniendo la contrapartida del perdón por la complicidad en los presuntos delitos⁶⁹ de su líder. El compromiso con el Estado, que vincula a todo ciudadano, no libera del compromiso moral⁷⁰ de proteger a sus compañeros, aunque delincuentes.

Tal desvalor generalizado de la traición es lo que autoriza, en sus ordenamientos internos orales o escritos, que los grupos de criminalidad organizada adopten, sin excepción, el ajusticiamiento del traidor. Las reglas de las maras y de los grupos de violencia organizada para ajusticiar a los delatores es de sentido común, pero aún así documentada⁷¹, como también es documentado el juramento de las Mafias Italianas (de inspiración latina) en Estados Unidos, en el cual su padrino expresa la clara advertencia de que traicionar los secretos de la *Cosa Nostra* significa morir sin juzgamiento⁷². Allí está la regla de oro, claramente reiterada cuando, en la narrativa de los aspirantes a las Mafias,

hoy no resuelta, en la que no vamos a entrar, pero remitimos a otros escritos de nuestra autoría. Véase: RODRÍGUEZ, V. G.; *Livre arbítrio e direito penal: revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução dogmática*, São Paulo, Marcial Pons, 2018, especialmente pp. 96 ss.

⁶⁹ Borges, en su «Tres versiones de Judas», analiza el escrito de Runenberg para calificar el acto de «rebajarse a delator» como «el peor delito que la infamia soporta». Claro que reinterpretá, con Runenberg, el acto, y retrata que «Premeditó con lucidez terrible sus culpas. En el adulterio suelen participar la ternura y la abnegación; en el homicidio, el coraje; en las profanaciones y la blasfemia, cierto fulgor satánico. Judas eligió aquellas culpas no visitadas por ninguna virtud: el abuso de confianza (Juan 12, 6) y la delación. Obró con gigantesca humildad, se creyó indigno de ser bueno. Pablo ha escrito: *El que se gloria, gloriése en el Señor* (I Corintios 1, 31); el suicidio de Judas buscó el Infierno, porque la dicha del Señor le bastaba. Pensó que la felicidad, como el bien, es un atributo divino y que no deben usurparlo los hombres». BORGES, J. L.; «Tres versiones de Judas», en *Obras completas*, Buenos Aires, Emecé, 2004, pp. 514-517.

⁷⁰ Bayertz, en completo ensayo sobre la moral contemporánea, pregunta por qué el individuo debe seguir la moral. Una de las justificaciones será la palabra de Dios; entonces, diferentemente de lo que aquí planteamos, no se trata de un conflicto entre moral y religión, sino del conflicto de la moral con ella misma. Haciendo uso del pasaje del antiguo testamento, del sacrificio de Isaac por Abraham (también analizado por KIERKEGAARD), afirma: «Im biblischen Text wird der Konflikt Abrahams bezeichnenderweise als die Spannung zwischen seiner Liebe zu Isaak und seiner Unterwerfung unter den Willen Gottes geschildert; irgendeine Art von genuine moralischen Bedenken werden nicht einmal angedeutet. Auch das Neue Testament kennt keine prinzipielle Differenz zwischen Moral und Religion». BAYERTZ, K.; *Warum überhaupt moralisch sein?* Berlin, C. H. Beck, 2004, p. 89.

⁷¹ Sobre la criminalidad organizada en Latinoamérica, véase RODGERS, D.; y BAIRD, A.; «Understanding gangs in contemporary Latin America», en Scott H. Decker y David C. Pyrooz (comp.), *The Handbook of Gangs*, Oxford: Wiley, 2015, pp. 478-5021.

⁷² «The first is that to betray the secret of Cosa Nostra means death without trial. Second, to violate any member's wife means death without trial». MASS, P.; *The Valachi Papers*, New York, Harper Collins Publisher, 2003 [orig. 1968], p. 75.

se coloca en sus manos un papel ardiente, para que repita «esa es la forma como seré quemado si traiciono los secretos de la Familia».

De ese modo, el argumento de que el individuo debe abandonar sus valores de honor personales y adoptar los de los ciudadanos, es decir, de pertenecer antes al Estado que a su grupo, nos parece falaz. La denuncia en nombre del Estado alcanza a valores mínimamente liberales, de protección de una esfera de libertad del individuo frente a cualquier injerencia, con lo cual es más bien característica de los regímenes totalitarios, como la conocida historia de Pavlik Morozov, joven delator transformado en héroe soviético⁷³ por su fidelidad a la causa comunista antes que a la propia familia, o la verosímil escena brechtiana de los padres que temen que su hijo haya ido a delatarlos al Reich de Hitler. La decisión de traicionar a los compañeros es, desde el punto de vista individual del acusado, algo que en general será contrario a su moral.

A sabiendas de ese rechazo moral que el instituto recibe por parte del Estado, los legisladores utilizan, conscientemente, una gama de técnicas para evitar que la delación se oponga directamente al precepto moral de no-traición. Una de ellas, a la que nos hemos referido en otros textos, es la de evitar el término «delación», haciendo que el vocablo sea proscrito de todas las legislaciones, aunque se lo utilice ampliamente en un contexto no jurídico, cambiándolo, en un intencional eufemismo, por «colaboración». Ello hace que muchos juristas contemporáneos, tal vez inconscientes del deliberado *softening* lingüístico, señalen que la «delación» es un vocablo coloquial, al tiempo que la «colaboración» sería el término técnico del instituto. Nada más lejos de la verdad, ya que la colaboración y la delación guardan evidente vínculo de continente/contenido.

Esa primera técnica de fuga al rechazo moral del instituto, sin embargo, ya da muestras de sucumbir a la propiedad semántica: la sinonimia, que no existe en sí misma, cuando se introduce por cuestiones ideológicas, cae por su propia debilidad. A los vocablos «delator»

⁷³ La historia de Pavlik Morozov está narrada en el libro *Informer 001*, de Yuri Druzhnikov. El joven Pavlik fue prácticamente canonizado por la bien dosificada y repetitiva propaganda del régimen estalinista y de los que le siguieron (p. 161), con canciones, libros y películas producidos en su honor; por ejemplo, *Bezhin Meadow*, de EISENSTEIN. En uno de los capítulos del libro, agudamente intitulado *The Family as a Terrorist Organisation*, Druzhnikov recuerda que, en el juicio del caso, ocurrido bajo la «forma superior de la ley» de la traición del Estado, «la familia fue transformada en una organización terrorista» (p. 58), y por lo tanto el caso de la familia Morozov no fue excepcional: «The cancer of betrayal metastasized, reached into the lives of other families. The people who suffered because of one boy's action could be counted in the tens of people, but those who fell victim to the denunciations of other numbered in the millions. Usually, following a denunciation case would be made against a single Family member, most often the father or the grandfather». DRUZHNIKOV, Y.; *Informer 001: the myth of Pavlik Morozov*, New Brunswick, Transaction Publishers, 2013, p. 59.

y «delatado» no se les han encontrado sustituciones, cuando se trata de describir el instituto en mayores detalles⁷⁴.

La segunda técnica de enmascarar el premio al traidor es, ahora sí, invocarlo como forma de perdón condicionado. Es decir, presentar al delator como alguien que, como encandilado por la luz del bien, se cae del caballo de las organizaciones criminales y renace como un nuevo converso al ordenamiento jurídico y, por ello, merece la absolución de sus faltas. Desde Italia, entonces, viene el concepto de «delincuente arrepentido», que se plasma en la expresión coloquial, como el individuo que da muestras de abandonar la actividad delictiva.

El participio «arrepentido» no ha encontrado cabida en la mayoría de las legislaciones penales, que no deseaban depender de esa realidad subjetivada para la mensuración de la retribución. Sin embargo, en España, aunque para beneficios penales, la demostración de arrepentimiento se ha incorporado como requisito de importantes beneficios penales al delator. Aunque sea cierto que esa incorporación pueda atender a intereses sociales de la historia reciente⁷⁵, el hecho es que la figura del arrepentimiento se ha introducido en la legislación ibérica.

El perdón al «arrepentido» sería una forma de justicia restaurativa, si la realidad, en el caso de la delación, no fuera tan distante de la contrición que se alardea. El delator, en la enorme mayoría de las veces, es alguien que ya está amenazado por la pena y solamente se motiva a vencer su resistencia moral a entregar los compañeros frente a una firme promesa de disminución en el castigo previsto por la norma.

La delación premiada trae muchas antinomias frente al ordenamiento jurídico, como la de ser más indulgente con aquel que funciona como cabecilla de la organización, porque es el que tiene más información a aportar, o negar el derecho a la disminución de pena a los más humildes, que en general participan de grupos armados violentos donde la traición es ajusticiada fatalmente. Sin embargo, en lo que concierne a razonar la disminución de la pena con el abandono de la organización delictiva, el perdón trae la consecuencia indeleble de reconocer al reo el derecho de delinquir en el futuro: por haber renun-

⁷⁴ Por ejemplo, la actual redacción de la ley de crimen organizado de Brasil, que cuida de delación premiada, a pesar de jamás haber aceptado utilizar el término «delación», al ser recientemente reformada tuvo de utilizar los nombres «delator» y «delatado», al no conseguir un sinónimo para este último. La palabra «colaborado» no contiene ningún papel semántico. Véase artículo 4.º, § 10-A de la ley 128/50/2015, reformada por la ley 13.964/2019.

⁷⁵ Díaz Maroto, aunque en momento anterior a la reforma del artículo 98 del Código Penal español, al comentar que la «disminución de ulteriores situaciones de peligro para los bienes jurídicamente protegidos» alcanza «merecer el “premio” de la atenuación penal», aporta el realismo: «No se olvide que la legislación en materia terrorista viene condicionada en los últimos años en nuestro país por la política de la reinserción social de los miembros de ETA, fundamentalmente». DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, J.; «Algunos aspectos jurídico-penales y procesales de la figura del “arrepentido”», *La Ley: revista española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 4132, 1996, p. 3.

ciado a una actividad delictiva que ocurriría en momento ulterior, se le compensa con la disminución de la pena a delitos ya cometidos.

De nuestra parte, basta con afirmar que la delación premiada no se trata de un ejercicio de perdón condicionado por arrepentimiento, sino de una forma de utilitarismo típico del *jus in bello*: como el Estado no logra, por sus propios medios, vencer al enemigo, ofrece ventajas a aquellos que colaboren en su batalla, a sabiendas de que, con ello, tendrá que regatear la pena, renunciando parcialmente a su potestad punitiva. Como, sobre el tema, ya postulaba Ginés de Sepúlveda, «mientras no hagas desaparecer a los lobos y a las alimañas, no podrás convencer a un pastor para que deje de recurrir a los perros»⁷⁶.

La diferencia entre ese proceso y el perdón que existe en la justicia transicional es evidente: en lugar de optar por la paz, el Estado busca instrumentos para ser él mismo más efectivo contra la guerra, es decir, anhela más castigo, más pena, aunque direccionada a otros agentes. Ello, desde luego, no es perdón.

8.2 La petición de perdón de las grandes empresas: jugar en un tablero más amplio

La propensión social, a que aludimos en nuestra introducción, de que la sociedad supere sus conflictos y camine hacia la igualdad no está libre de más distorsiones. Organizaciones muy bien constituidas aprovechan ese momento de cambio social para seguir cometiendo sus delitos, sabiendo que, si el riesgo de ser pillado en sus delitos se materializa, sabrán utilizar del discurso de reconstrucción y petición de misericordia en pro de su impunidad. Y de ello no faltan ejemplos.

Aquí nos referimos especialmente a las personas jurídicas, bien sean los partidos políticos, bien sean, especialmente, las grandes corporaciones. Como pocas, esas corporaciones conocen las debilidades que existen en la potestad del Estado, y utilizan los nuevos postulados de *enforced self-regulation*⁷⁷ como manera de trasladar a un futuro

⁷⁶ GINÉS DE SEPÚLVEDA, J., «Demócrates o Diálogo sobre la dignidad del oficio de las armas», in: *Obras Completas XV*, Pozoblanco, Ed. del Ayuntamiento de Pozoblanco, 2010, p. 105.

⁷⁷ Entre tantos escritos sobre la eficacia del *compliance* a día de hoy, recúrrase al texto seminal de Braithwaite, quien establece, en una larga disertación, que la propia empresa es capaz de identificar sus «wrongdoings» mejor que el gobierno. Y, al final, piensa que la salida sería establecer una figura de *self-regulator* que fuera «enforced», es decir, que respondiera al poder del gobierno. Apenas para documentar, el fragmento: «Enforced self-regulation, on the other hand, can ensure that internal compliance groups will not be lightly overruled. Under the model proposed by this Article, a compliance director would be required to report to the relevant regulatory agency any management overruling of compliance group directives. A director who neglected this duty would be criminally liable». BRAITHWAITE, J.; «Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control», *Michigan Law Review*, 80, 1982, p. 1477.

incierto la punición de sus faltas, a través de muy calculadas peticiones de perdón.

Grosso modo, la doctrina de los programas de *compliance* teóricamente tiene por base el trabajo colaborativo con las agencias públicas, en una constante construcción de las reglas de cumplimiento normativo por la propia empresa, a partir de lo que sea su realidad organizacional⁷⁸. En nuestra opinión, en las bases de la debilidad de los programas de cumplimiento se encuentran dos factores: la confianza de que a la sociedad no le interesan graves puniciones a las personas jurídicas, porque la salud financiera de las empresas es esencial para la generación de empleos; pero, principalmente, como segundo factor, la observación de que existe una sociedad tendente a la superación y al perdón, que acepta muy rápidamente los pedidos de disculpas, seguidos de actos de constricción formales, indemnizaciones mínimas y promesas de que jamás se va a repetir lo ocurrido. Es decir, cuando se aprovecha de la cultura de la misericordia y de la superación para conseguir la impunidad, porque falta al Estado el *enforcement*, el control necesario para imponer las penas que se aplican ordinariamente a personas físicas, que no poseen la misma capacidad de manipular discursos o siquiera de acceder a negociaciones directas con los agentes de la opinión pública y del propio Estado.

Así, especialmente en países donde el sistema de punición a las personas jurídicas es más débil, los costosos sistemas de prevención de riesgos son sencillamente nominales y se hacen sustituir por baratos, eficaces y nada innovadores comités de gestión de crisis. Esos comités generan, a impresionante velocidad, discursos que «antropomorfizan» las empresas, y hablan de «dolor», «consternación» o «remordimiento» por los delitos cometidos, lo que les confiere la oportunidad de apaciguar cualquier tipo de reacción social respecto a las irrisorias reparaciones que ofrecen. Como se ha afirmado, ejemplos de esas conductas no faltan⁷⁹.

Las personas jurídicas desvirtúan el discurso del perdón y se aprovechan de los cambios sociales, transformando en impunidad la tendencia general a la paz y a la acogida de los más débiles, a partir de un ilocutorio, es decir, una no-enunciada doctrina de que cualquier punición es pura venganza. Con la misma técnica actúan muchos representantes de la clase política, los cuales, muchas veces, cuando se les hace recordar su pasado de corrupción y abusos, afirman que acerca de sus fechorías ya han pedido el debido perdón, como si la colectivi-

⁷⁸ De modo más ponderado, para los estudios de los caminos del *compliance* en España, véase GÓMEZ TOMILLO, M.; *Compliance y Política Legislativa: el deber personal y empresarial de evitar la comisión de delitos en el seno de las personas jurídicas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016.

⁷⁹ Uno de estos casos, recientes, es descrito en RODRÍGUEZ, V. G.; «O caso Carrefour e a ineficácia deliberada dos programas de Compliance», *Consultor Jurídico*, São Paulo, 26 nov. 2020, p. 2.

dad fuera un gran Yom Kippur obligado a la misericordia. La sociedad de «sobre eso, yo ya he pedido disculpas» es aquella que puede pagar caro sobre la desnaturalización del arrepentimiento.

9. EL PERDÓN DEL ESTADO: LA REALIDAD INCONSTITUCIONAL Y LOS CAMBIOS DE VISIÓN DE MUNDO

El último punto a destacar sobre la desnaturalización del discurso del perdón penal está en el levantamiento de las condenas para aquellos a quienes se reconoce que la pena aplicada no ha sido justa. Aunque parezca muy evidente que los indebidamente condenados no deben recibir perdón, sino justicia, la observación más atenta de algo sobre la literatura actual parece mezclar conceptos.

En una sociedad, como siempre reiteramos, más humanizada, el Derecho penal, la Criminología y otras ciencias sociales cambian de opinión acerca de la necesidad y el merecimiento de pena en algunos casos. A raíz del ocaso de las visiones extremadamente liberales en Derecho penal, se empieza a reconocer que el libre albedrío es mermado cuando el individuo se encuentra en un entorno que no le permite elegir libremente sus acciones. Además, se alarga el reconocimiento de los factores determinantes del comportamiento humano, como en el caso de las presiones del entorno social. Así, por ejemplo, en el caso de los pequeños delitos que ocurren en el seno del crimen organizado que domina barrios o ciudades enteras en Latinoamérica, o en el del trabajo campesino de los que cultivan coca o marihuana en lugares donde su venta se hace mucho más rentable que otros granos, se empiezan a ver cuestionamientos acerca de sus rasgos delictivos. Bien como elemento típico (en imputación objetiva), bien como acción digna de reproche (culpabilidad y responsabilidad), lo cierto es que hay una percepción general de injusticia por condenar a estos ciudadanos, a raíz de una natural revisión de valores. Reconsiderar, por ejemplo, el *war on drugs* para asumir que el Derecho penal no debe intervenir en algunas actuaciones del narcotráfico, cuando se activa una relación de dependencia económica entre países que producen drogas a bajo precio y otras potencias que importan drogas a precio alto no significa, en nuestra opinión, un camino hacia el perdón de delincuentes. Descriminalizar no es perdonar.

A partir de Latinoamérica, gran parte de esa contestación acerca del injusto o de la responsabilidad de hechos típicos aflora en el constructo del «estado de cosas inconstitucional». Se trata de una doctrina que tuvo origen en Colombia, con una Sentencia de Unificación (SU 559/1997), la cual protegía los derechos provisionales de profesores. Pero no pasó mucho tiempo para que, en fallos posteriores, el

precepto se trasladase al Derecho penal⁸⁰, notablemente a las cuestiones penitenciarias. En líneas generales, la doctrina da cuenta de que, cuando la realidad general de las cosas es de incumplimiento de los derechos básicos de la Constitución, hay que ser considerado en los castigos. En Brasil, el constructo colombiano se ha aplicado por primera vez en 2015⁸¹ en un fallo del Supremo Tribunal Federal (ADPF 347/STF), que cuidaba de la omisión del Estado en la situación carcelaria, y ya se ha reiterado en 2020, cuando la misma corte brasileña prohibió, en tiempos de pandemia de covid-19, las acciones organizadas de la policía en las «favelas» (ADPF 635), incluso haciendo referencia directa a una importante decisión de la Corte IDH en contra de la letalidad policial de Brasil (Caso Favela Nova Brasilia⁸²).

En resumidas cuentas, la doctrina del «estado de cosas inconstitucional» significa que no se puede aplicar un derecho normal a una situación anormal. Si, en términos de Derecho constitucional, ello significa un gran avance, al impulsar que se interprete *cum grano salis* la afirmación kelseniana de la absoluta separación entre vigencia normativa y su eficacia, en el Derecho penal eso no es, o no debería ser, rotunda novedad. La figura de la culpabilidad, a pesar de las grandes discrepancias sobre su carácter constitutivo, siempre ha determinado que el injusto solamente es reprochable si ha tenido lugar en condiciones de normalidad.

Eso implica asumir que, si el Estado se da cuenta, hoy, que la aplicación de la pena en el pasado ha ocurrido sistemáticamente de manera injusta porque, en un cambio de paradigmas interpretativos, viene a reconocer que las condiciones para la comisión de algún delito no eran las de un entorno de eficacia mínima del estado de derecho, el levantamiento de la pena está lejos de ser un perdón⁸³. Lo que debe ocurrir es un reconocimiento tardío, *ex tunc*, de la no reprobación del delito por ausencia de culpabilidad: estado de miseria, estado de gue-

⁸⁰ Véanse otras Sentencias de la Corte Colombiana sobre el Estado de Cosas Inconstitucional: S. T-388/13, T-195/15, T-762/15, T-182/17, T-193/17, T-162/18, T-267/18, T-260/19, T-374/19.

⁸¹ Nos referimos a la ADPF/STF 635. «Não é esse, infelizmente, o quadro trazido pelo Partido requerente. Muito embora os atos narrados devam ser investigados cabalmente, nada justifica que uma criança de 14 anos de idade seja alvejada mais de 70 vezes. O fato é indicativo, por si só, que, mantido o atual quadro normativo, nada será feito para diminuir a letalidade policial, um estado de coisas que em nada respeita a Constituição». El fallo está disponible en la página web del Supremo Tribunal Federal.

⁸² CoIDH, *Caso Favela Nova Brasilia x Brasil*, Sentencia de 16 de febrero de 2017.

⁸³ En sentido paralelo, Fernando Molina, disertando sobre los instrumentos legales que no son indulto: «Si, erróneamente, se ha afirmado la responsabilidad y ha recaído sentencia firme condenatoria, este debe revocarse y anularse, haciendo desaparecer sus efectos como si nunca hubiera existido: revisión de sentencia». MOLINA FERNÁNDEZ, F.; «El indulto y sus razones: justicia, utilidad, clemencia y cautela», en *El indulto: pasado, presente y futuro*, Madrid, IBdeF, 2019, p. 258.

rra, absoluta falta de tutela del Estado, todo ello son elementos para levantarse la pena bajo la acreditación del estado de cosas inconstitucional, en lo cual la aplicación de la norma incriminatoria es viable o sostenible.

En esos supuestos, que a día de hoy ganan fuerza en los discursos penales criminológicos, si hay algo que aplicar en perdón es todo lo contrario: el Estado debe pedir perdón a sus ciudadanos condenados, por un motivo doble: primero, por no haberles concedido las condiciones mínimas de desarrollo para cumplir la norma penal; segundo, por haberles infligido una condena anteriormente, sin darse cuenta de ese estado de absoluta inexigibilidad de cumplimiento normativo. Para ello, claro, se habrá de superar la concepción de que el Estado jamás se equivoca, pero eso sería tema para otro trabajo.

Cuando estamos frente a decisiones de levantamiento de pena por posterior reconocimiento del estado inconstitucional de cosas, es el Estado quien debe pedir perdón a sus ciudadanos, por haber impuesto condenas injustas. No al revés.

10. CONCLUSIONES

1. Los cambios sociales contemporáneos renuevan la percepción de la crueldad de la pena, con lo cual no bastan nuevos discursos de legitimación del castigo, sino su efectiva disminución. Para alcanzar esa finalidad, el perdón es un elemento clave.

2. Aunque el perdón sea un camino hacia la necesaria disminución de la crueldad penal, la tendencia a su aceptación tiene evidentes desvíos de finalidad. Utilitarismo, reconocimiento de condenas injustas o peticiones de disculpas por aquellos que conservan el propósito de repetir ofensas semejantes, no caben en el concepto de perdón.

3. Para bien estudiar el perdón, es necesario dejar atrás alguna leyenda negra que todavía sobrevive en el análisis del estudio de la escolástica, y superar el epistemicidio, que impide la valoración de experiencias de países alejados del núcleo económico mundial.

4. El perdón tiene origen en las religiones monoteístas. La manifestación del arrepentimiento, definido como tal, se encuentra en la religión judía, y coincide con la percepción de haber ofendido a Dios. El perdón condicionado a la aceptación del perdonado es un eje de la cultura hebrea.

5. El perdón cristiano se amplió en relación con el judaísmo. Determinó el dogma religioso que incluso los enemigos sean amados, y que el número de perdones se extendiera al infinito. Sin embargo, la misericordia divina aparece condicionada: ella existe en la proporción en que el propio individuo perdona a sus semejantes y encuentra límites temporales. En suma, obliga al que quiera seguir esa fe a que

ofrezca perdón de modo ampliado. Esa es, en gran parte, la cultura en la cual se inscribe nuestro ordenamiento jurídico.

6. El propio cristianismo, en sus varias denominaciones, desde los doctores de la iglesia hasta la fecha, intenta solucionar la paradoja entre la obligación del individuo de perdonar y la necesidad del Estado de castigar. Concepciones acerca de que la pena terrenal pueda ser una forma de expiación o curación, como una suerte de correccionismo, aparecen en esas explicaciones. La más rotunda justificación, empero, reposa en la pragmática de que la sociedad no puede prescindir de la pena, lo que representa un consenso entre todos los juristas.

7. Las amnistías del monarca son anteriores incluso al concepto de perdón. Ellas significan la reafirmación de su poder, a partir del momento en que se presenta como individuo que no solo puede dictar la ley, sino también ordenar su incumplimiento.

8. A lo largo de la historia contemporánea, se puede identificar una escala para los juicios de transición, en relación a su aspiración por alcanzar lo que hoy denominamos «garantías de no-repetición». El Tribunal de Nüremberg apostó por la no-repetición a partir de la aplicación de penas severas (prevención general negativa); los tribunales *ad hoc* para Ruanda y antigua Yugoslavia, con pocos condenados y prohibiendo las penas de muerte, quisieron acentuar parcialmente la prevención positiva, es decir, señalar que la vida de los seres humanos, incluso en naciones periféricas, debe ser protegida. Los Acuerdos de 2016 en Colombia, por su parte, apostaron al perdón, aunque no absoluto, para alcanzar la paz.

9. La experiencia colombiana demuestra que, para el objetivo de «no repetición», es fundamental el ejercicio, por parte de los que piden perdón, de la construcción de un relato exhaustivo de sus acciones. Ello coincide con el origen de las peticiones de perdón en la cultura judaico-cristiana.

10. El perdón efectivo en las justicias transicionales y restaurativas concreta la prevención general positiva: la inexistencia de castigo es lo que convence a los individuos para que la paz sea duradera. La frontera entre esa superación y la impunidad, que tiene efecto inverso, es, desde luego, difusa.

11. La delación premiada no se puede justificar como discurso de perdón, por algunos motivos: (1) porque el perdonado no está arrepentido ni es un converso al bien del Estado; (2) porque, con la delación, el Estado busca aplicar más Derecho penal, al perseguir muchos delatados a cambio de un perdón al delator. El Estado busca una táctica de guerra que le permita aplicar más castigo, aunque a agentes distintos;

12. Las grandes empresas, de modo muy calculado, utilizan las peticiones de perdón como forma de evitar cualquier sanción. Bajo una alegación de que están ayudando a construir el sistema de «enforced self-regulation», lo que hacen es fortalecer su sistema de gestión de crisis, y con ello pedir perdón por su falta de organización y por la causación de daños que, como se sabe, podrían ser evitados. Una

indebida antropomorfización de las grandes compañías es parte integrante de esta técnica, que no dejará de utilizar vocablos de poco significado cuando se trata de personas jurídicas, como «profundo dolor», «arrepentimiento» o «peticiones de perdón». Es la desvirtuación más evidente de la cultura de superación de conflictos; y

13. El cambio de valores sociales puede imponer el reconocimiento de que el Estado se equivocó, en el pasado, en aplicar la punición. Eso se hace más visible, en Latinoamérica, con la aplicación de la doctrina del estado de cosas inconstitucional. Sin embargo, si el Estado decide levantar la pena a un individuo, al reconocer que, al tiempo de su delito, no le eran garantizadas condiciones mínimas de vigencia de un estado de derecho, eso no se trata de perdonar al individuo. Al revés, es el Estado quien está obligado a pedir perdón a su súbdito, bien sea por no haberle garantizado condiciones mínimas de desarrollo de su personalidad, bien sea por haberle infligido una condena que ahora se reconoce injusta.