

**RENAUD BOURGET**

Doctor en Derecho y profesor titular de Derecho público en la Escuela de Derecho de la Sorbona de la Universidad París I Panthéon Sorbonne.  
Investigador del Instituto de Estudios Jurídicos de la Sorbona (Paris I).  
Presidente de la Sección Francesa del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (IIDC).

**LA CLEMENCIA  
EN LA CIENCIA JURÍDICA:  
ENSAYO DE DOGMÁTICA  
JURÍDICO-COMPARADA  
SOBRE LA AMNISTÍA Y EL INDULTO**

Traducción de  
Fernando Gómez Mejía



**EDITORIAL TEMIS S. A.**  
Bogotá - Colombia  
2018

## ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
El autor.....	IX
Prólogo.....	XI
Introducción.....	1
1. Las principales características de la gracia y de la amnistía: diferencia, similitud y confusión.....	7
A) La distinción doctrinal de la gracia y de la amnistía...	10
B) El cuestionamiento de la distinción doctrinal por la práctica.....	17
a) El cuestionamiento de la distinción entre la gracia y la amnistía desde el punto de vista de su alcance	17
b) El cuestionamiento de la distinción entre la gracia y la amnistía desde el punto de vista del órgano titular del poder de concederlas.....	22
2. En busca de la unidad conceptual del “derecho de clemencia estatal” .....	27
A) El método de estudio jurídico-comparativo de las instituciones de la clemencia.....	29
B) La clemencia estatal, ¿ejercicio del “ius puniendi” u otorgamiento de un favor?.....	43
a) Clemencia y “ius puniendi” .....	44
b) Clemencia y favor .....	51
3. La justificación funcional de la clemencia por la doctrina jurídica.....	81
A) La amnistía o la justificación política de la clemencia	82
B) La gracia o la justificación técnico-penal de la clemencia.....	98

	PÁG.
4. La diferencia del tratamiento doctrinal de la clemencia: la evolución inversa de las literaturas jurídicas francesa y española.....	111
A) La doctrina jurídica francesa: del Derecho público al Derecho penal.....	112
B) La doctrina jurídica española: del Derecho penal al Derecho público.....	134
Bibliografía .....	161

la producción científica de aquellas en materia de clemencia. Las doctrinas francesa y española, por haber seguido trayectorias inversas, constituyen ejemplos sintomáticos de la que puede considerarse la actitud de la ciencia del Derecho respecto de las medidas de clemencia. En primer lugar, la doctrina publicista francesa brilló a finales del siglo XIX y a comienzos del siglo XX tanto por la riqueza cualitativa y cuantitativa de los análisis que sus maestros consagraron a la naturaleza jurídica de las medidas de clemencia, como por las discusiones teóricas que los enfrentaron. Sin embargo, el interés que ha aportado al estudio de la gracia y de la amnistía ha decrecido considerablemente, hasta prácticamente desaparecer de los actuales manuales de Derecho constitucional francés, dejándoles a los penalistas el estudio de sus condiciones, modalidades y efectos. De esta manera, estos últimos han reubicado el asunto, que ahora se ha excluido de la presentación didáctica del Derecho público, en el marco de la teoría de la sanción penal (A). Por el contrario, la doctrina española del Derecho público tradicionalmente ignoró los instrumentos de clemencia. En el siglo XX, la situación permaneció sin cambio durante mucho tiempo, y el examen de estas nociones quedó como patrimonio de los especialistas de Derecho criminal. Después, en un movimiento opuesto al de sus colegas franceses, los publicistas españoles comenzaron a estudiarlas a partir de los años setenta (B).

*A) La doctrina jurídica francesa: del Derecho público al Derecho penal*

Previamente conviene precisar que si bien el título anterior —la doctrina jurídica francesa: del Derecho público

al Derecho penal— refleja la exclusión didáctica de que es objeto el Derecho penal, al cual en las facultades de Derecho francesas se lo separa del campo del Derecho público, sería sin duda más exacto hablar de la evolución de la doctrina jurídica francesa desde el *Derecho constitucional y administrativo* hacia el *Derecho penal*. En efecto, ¿no se podría objetar, después de todo, que el Derecho penal es parte del Derecho público? También la ciencia jurídica considera generalmente el Derecho penal, donde la noción de potestad pública desempeña un papel eminente —tal como sucede igualmente en materia de finanzas públicas— como perteneciente *esencialmente* al Derecho público<sup>253</sup>, aunque en Francia esta disciplina esté artificialmente vinculada, junto con su doctrina, al Derecho privado<sup>254</sup>. En todo su rigor, la

<sup>253</sup> Tal es el punto de vista de la literatura jurídica italiana. Por ejemplo, el penalista S. RANIERI (*Manuale di Diritto processuale penale*, Padova, Cedam, 1956, pág. 5) consideraba la disciplina penal como “*parte del diritto pubblico*”. La literatura jurídica hispánica también considera el Derecho penal como rama del Derecho público. Así, JIMÉNEZ DE ASÚA destacaba en su ensayo sobre *La ley y el delito* (*op. cit.*, pág. 19) que “El derecho penal de hoy es un derecho público”. El gran jurista español precisaba, por otra parte (*ibid.*) que “Hoy nadie puede controvertir la índole pública de nuestra disciplina; pero en el siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, frente a la tesis de FEUERBACH, que afirmaba la índole pública de nuestra rama jurídica, pensaron HUGO y KLEINSCHROD que se trataba de un Derecho privado. GROLMANN asume una postura ecléctica”.

<sup>254</sup> El carácter artificial, desde el punto de vista científico, de la vinculación del Derecho penal al Derecho privado —desde el “seccionamiento” de las oposiciones de Derecho, en 1896, en dos ramas— ha sido objeto de numerosas controversias doctrinales en Francia. Algunos, siguiendo el ejemplo de M. MIAILLE (*Une introduction critique au droit*, Paris, François Maspero, 1982, pág. 181), piensan que el lugar del Derecho penal en el

evolución doctrinal que hemos intentado describir sería, pues, interna dentro de la literatura publicista, puesto que la doctrina penalista hace *materialmente* parte de ella. En lo que concierne

---

Derecho privado sería “el efecto en la «ciencia jurídica»[de un] proceso de camuflaje de la represión. Al clasificarse entre las disciplinas de Derecho privado, el Derecho penal hace que se olvide que él es esencialmente, ante todo, un derecho represivo. Y, para convencer al oyente, se le dará el argumento de la protección de los derechos humanos”. Recientemente, M. BALDOVINI (*La classification académique du droit pénal, entre droit public et droit privé*, tesis, Universidad de Caen, 2009, pág. 413) ha sostenido que la vinculación académica del Derecho penal al Derecho privado, disciplina reputada como más neutra —desde los puntos de vista político y filosófico— que el Derecho público, originalmente pretendía limitar las potencialidades subversivas de su enseñanza. Por lo demás, los privatistas franceses difícilmente ponen en duda el carácter esencialmente publicista de la disciplina penal. Insistiendo en “el papel prominente” que desempeña la potestad pública en materia criminal, J.-L. AUBERT (*Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 5<sup>ème</sup> éd., Paris, A. Colin, 1992, nº 52, págs. 48 y 49) observa que “las infracciones se determinan en consideración al interés general, y es la potestad pública la que tiene el control de la sanción. [...] Hay particularidades que sin lugar a dudas atraen el Derecho penal hacia el Derecho público”. En sentido similar, J.-P. GRIDDEL destaca en su luminoso manual de *Introduction au droit et au droit français* (2<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 1994, pág. 133) que “reaccionar contra quienes han perturbado la paz de la Ciudad, impartir la justicia, establecer las reglas mediante las cuales se cumplirán estas tareas, están entre las primeras misiones del Estado, y estas atribuciones de la potestad soberana nos mueven hacia el Derecho público”. Ya el ilustre civilista H. CAPITANT (*Introduction à l'étude du droit civil*, Paris, Pédone, 1912, pág. 18), algunos años después de su vinculación, en 1896, en las oposiciones de Derecho privado, observaba, sin embargo, que el Derecho penal “forma parte del Derecho público pues es una función del Estado la de perseguir y castigar los actos peligrosos para el orden social”.