

Gracia y justicia: el lugar de la equidad*

Mercy and Justice: the Place of Equity

Alfonso Ruiz Miguel **

Universidad Autónoma de Madrid

* El presente estudio forma parte de un proyecto de investigación sobre el indulto (DER2013-45562-P de la Secretaría de Estado de Investigación del Gobierno de España), dirigido por el penalista Fernando Molina.

** Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (España). Código ORCID: 0000-0002-6306-7291. **Correo electrónico:** alfonso.ruiz@uam.es

RESUMEN

El estudio analiza la relación entre el derecho de gracia y la equidad como una forma de justicia indulgente. A partir del concepto aristotélico de equidad, se estudia la relación entre la indulgencia y la supra e infrainclusión normativas, se plantea el alcance de la equidad en materias penales y se concluye analizando la relación entre equidad judicial y legislación.

Palabras clave: gracia, justicia, equidad aristotélica, equidad judicial, Derecho penal.

ABSTRACT

The essay deals with the relationship between mercy and equity as a form of indulgent justice. Starting from the Aristotelian concept of equity, the essay studies the relationship between indulgency and normative overinclusion and underinclusion, considers the reach of equity in criminal law and concludes analysing the relation between judicial equity and legislation.

Key words: mercy, justice, Aristotelian equity, judicial equity, criminal law.

I. INTRODUCCIÓN

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

y restaurativa) o sea por otros motivos de especial necesidad. El presente escrito recoge únicamente, en una versión extendida, el análisis de la primera rúbrica.

II. EQUIDAD, UN TÉRMINO AMBIGUO

En castellano, pueden detectarse al menos cinco significados suficientemente distintos de la noción de equidad: (a) justicia o Derecho natural en oposición al Derecho positivo; (b) igualdad en el trato; (c) corrección de la norma general para atender a las particularidades del caso; (d) juicio por arbitraje, esto es, resolución no judicial de los litigios con criterios no jurídicos, sino morales o prudenciales; y (e) ideal de una sociedad ordenada conforme a una determinada combinación de libertad e igualdad (los cuatro primeros significados se encuentran en Hierro [2017, §4], mientras el quinto corresponde a la noción de *fairness* en el sentido utilizado por Rawls en su obra y puede verse como una especificación del primero).

De los anteriores significados, aquí me interesará sobre todo el tercero, originado en un famoso pasaje aristotélico que es considerado un lugar clásico en el que se ha situado la indulgencia en el ámbito penal. Sin embargo, antes de desarrollar ese concepto, debe hacerse una referencia al primer significado, el de simple justicia material en contraposición con el Derecho positivo, porque también ha tenido —y en algunos países sigue teniendo— una cierta importancia en la historia de la gracia.

Quizá la justificación más rotunda que puede tener la institución del indulto reside en la noción de justicia como remedio a las injusticias del Derecho positivo. Se trata, claro está, de un remedio circunstancial, que no se proponía enderezar injusticias generales enraizadas en las leyes o las prácticas de gobierno vigentes ni alcanzaba a hacerlo. Con esa limitación, la gracia como justicia tenía dos manifestaciones esenciales: la rectificación de un error judicial y el último recurso contra la pena de muerte. Aunque ambos motivos pueden estar parcialmente relacionados, exigen un tratamiento diferente.

El error judicial, especialmente en condenas penales, ha de ser subsanado por procedimientos que permitan revisar imparcialmente cualquier condena en cualquier momento si aparece algún hecho relevante que demuestre la injusticia cometida. Sin embargo, como debe tratarse de una decisión imparcial y bien fundamentada, lo razonable es que la revisión sea de naturaleza judicial y no una expresión de la gracia a través del indulto. De tal modo, lo que la justicia exige ante la posibilidad de un error judicial que afecte a una persona inocente es el establecimiento de un sistema de recursos que garantice la minimización de tal error y, en caso de aparecer nuevos datos que lo constaten, la pronta rectificación de la condena (Hierro, 2017, § 5).

En cuanto a la pena de muerte, las razones básicas para justificar la gracia en forma de indulto son dos. Por un lado, para quien considera injusta la pena de muerte por no tratarse de un castigo merecido, proporcional o aceptable —sea en general y en todos los casos o sea solo en algún tipo de casos (menores de edad, deficientes, jurado parcial, etcétera)—, la conmutación de la pena sería, una vez agotados todos los recursos, una obligación *moral* de la autoridad ejecutiva con el poder de indultar (Staihar & Macedo, 2012, pp. 162-164). Desde tal punto de vista —que, por lo demás, simplifica en forma muy sumaria la función de la autoridad en un sistema democrático¹—, el indulto se presenta como un dispositivo justificado, al menos para tal tipo de casos. Por otro lado, aun para quien justifique la pena de muerte, sea por razones sustantivas o solo por respeto al procedimiento democrático, el argumento del error judicial, en sentido amplio, es también decisivo para aceptar la figura del indulto como último recurso ante la pena capital, precisamente debido a la irreversibilidad de esa pena. Hablo aquí de error judicial en sentido amplio, para incluir no solo los casos obvios en los que se puede dudar si se

ha condenado a un inocente, sino también aquellos en los que se duda si la pena de muerte ha sido correctamente aplicada a alguien culpable, como ocurre en Estados Unidos en los casos de «duda residual», cuando el jurado ha llegado «más allá de la duda razonable» (que permite decidir la culpabilidad pero no la pena de muerte) sin alcanzar la «certidumbre absoluta» exigible para imponer tal pena (Ristroph, 2012, p. 226). Es significativo que, en la única ocasión en la historia del Derecho español en la que se ha abolido el derecho de gracia, durante poco más de cinco meses tras la proclamación de la I República en 1873, se mantuviera el indulto como excepción ante la pena de muerte. En consonancia con ello, con razón se ha dicho que la decadencia de la pena capital en el mundo contemporáneo ha sido una de las razones de la decadencia del propio poder de indulto (Novak, 2016, p. 7).

En todo caso, lo más relevante de estos dos posibles pero excepcionales casos de justificación del indulto como estricta justicia material frente a decisiones tomadas conforme al Derecho es que, precisamente porque es invocable la justicia, no procede hablar de indulgencia, lenidad o clemencia. Si hay un error judicial o si la pena de muerte se considera injusta o su aplicación deja algún margen de duda sobre su justificación, la conmutación es solo pensable como obligada y no como discrecional. Así, aunque la autoridad ejerza formalmente el derecho de gracia, materialmente estará haciendo justicia. Y en tales casos de justicia, obligar al afectado a rogar la gracia sería doblemente injusto, como lo expresó con contundencia Concepción Arenal: «A todos los argumentos que se hagan para que reciba indulto el que le rechaza, él puede responder: Si es justicia, ¿para qué se me da como gracia? Si es gracia, la rehúso» (1893, p. 83).

III. LA EQUIDAD ARISTOTÉLICA

A diferencia de la equidad como justicia material, la equidad en el sentido aristotélico está esencialmente asociada a la corrección indulgente de la justicia legal en nombre de una forma particularizada de justicia. En el texto canónico de Aristóteles que la teoriza por vez primera, se la denomina *ἐπιείκεια* (*epieikeia*), equidad, y a ella me referiré sin más adjetivos en adelante:

lo equitativo es justo, pero no en el sentido de la ley, sino como una rectificación de la justicia legal. La causa de ello es que toda ley es universal y hay cosas que no se pueden tratar rectamente de un modo universal. En aquellos casos, pues, en que es preciso hablar de un modo universal, pero no es posible hacerlo rectamente, la ley toma en consideración lo más corriente, sin desconocer su yerro. Y no por eso es menos recta, porque el yerro no está en la ley, ni en el legislador, sino en la naturaleza de la cosa, puesto que tal es desde luego la índole de las cosas prácticas. Por tanto, cuanto la ley se expresa universalmente y surge a propósito de esa cuestión algo que queda fuera de la formulación universal, entonces está bien, allí donde no alcanza el legislador y yerra al simplificar, corregir la omisión, aquello que el legislador mismo habría dicho si hubiera estado allí y habría hecho constar en la ley si hubiera sabido (*Ética a Nicómaco*, 1137b).

Este texto, junto a otros conexos con él, ha hecho y sigue haciendo correr ríos de tinta por dos razones fundamentales. En primer lugar, aunque una larga tradición lo ha tomado como fundamento de la prerrogativa de gracia², su alcance no se reduce ni mucho menos a esa prerrogativa ni al ámbito penal, sino que puede referirse también, y sobre todo, a la interpretación jurídica en general, ofreciendo una buena razón para no limitarse necesariamente a la letra de la ley. En segundo lugar, su significado es ambiguo y debatido en varios sentidos, de los que aquí son mencionables dos: por un lado, es posible preguntarse si la equidad permite no solo la mitigación del rigor de la ley, sino también el endurecimiento de esta; y, por otro lado, si propone un criterio de justicia interno o externo al Derecho. Aunque el

ámbito penal al que se ciñe el presente análisis merma la relevancia de la primera ambigüedad debido al principio de legalidad y a la exclusión de las interpretaciones extensivas y analógicas *contra reo*, tiene algún interés considerar esa primera ambigüedad antes de comentar más por extenso la segunda.

IV. SUPRAINCLUSIÓN, INFRAINCLUSIÓN E INDULGENCIA

En realidad, la noción de equidad combina en Aristóteles dos ideas diferentes. Por una parte, como pone de manifiesto el texto citado, la idea de que la formulación general de la ley puede mostrarse inadecuada en algunos casos particulares a la luz de su propia finalidad. En términos actuales, la mejor y más conocida presentación del problema la ha hecho Frederick Schauer, al afirmar que, precisamente por generalizar, «toda regla es actual o potencialmente supraincluyente o infraincluyente», de modo que su significado puede abarcar a más o menos casos de los que están justificados conforme al sentido o finalidad de la generalización utilizada (1991, pp. 32-33, nota 23; véase también Tussman & tenBroek, 1949, pp. 346-353). El ejemplo clásico es el cartel que prohíbe la entrada con perros, que supraincluye a los lazarillos e infraincluye a otros animales también molestos. En este primer aspecto, es claro que la corrección equitativa puede operar tanto para mitigar el rigor de la regla (suprainclusión) como para agravar su tenor (infrainclusión) (Tasioulas, 2003, p. 112).

Pero, por otra parte, Aristóteles —como Martha Nussbaum ha puesto de manifiesto en un espléndido análisis (1993, §§ II-VI)— añade a la idea de corrección la de moderación o indulgencia. El filósofo formalizó así una transformación conceptual y *moral* que había venido produciéndose en la cultura griega hasta desembocar en una reacción contra la extrema dureza de las leyes tradicionales, especialmente las penales. Dicha dureza es bien visible en el modelo de justicia rigurosamente retributivo de las tragedias griegas, por completo ajeno al principio de culpabilidad individual. Pocas líneas después del texto antes citado, Aristóteles dice que el hombre equitativo es «aquel que, apartándose de la estricta justicia y de sus peores rigores, sabe ceder, aunque tiene la ley de su lado» (*Ética a Nicómaco*, 1137b-1138a). Sin embargo, es en la *Retórica* donde Aristóteles introduce expresamente la idea de indulgencia:

Ser indulgente (συγγνώμη) con las cosas humanas es también de equidad. Y mirar no a la ley sino al legislador. Y no a la letra, sino a la intención del legislador, y no al hecho, sino a la intención, y no a la parte, sino al todo; ni cómo es el acusado en el momento, sino cómo era siempre, o la mayoría de las veces. Y el acordarse más de los bienes que de los males recibidos. Y el soportar la injusticia recibida [...] (*Retórica*, 1374b).

Según Nussbaum, en Aristóteles la indulgencia significaba «juzgar con» el agente, en el sentido de ver las cosas desde su punto de vista, para poder hacer una justa o «correcta discriminación» del caso particular. Y, así, la idea de equidad terminaba por tratar asimétricamente la agravación y la mitigación, lo que andando el tiempo se reafirmaría con los principios penales de la Ilustración, en especial mediante el principio de legalidad penal (Nussbaum, 1993, p. 94; así como pp. 87 y 115-119). En todo caso, una manifestación histórica de tal asimetría es la institución del indulto, que en la historia del Derecho, por lo que yo pueda saber, nunca se ha visto compensada por forma alguna de «contraindulto», salvo en el caso de la llamativa doctrina defendida por Rudolf von Jhering de un «derecho de gracia en sentido inverso», con la que proponía crear un «tribunal de justicia supremo por encima de la ley [...] para casos extraordinarios que la legislación no ha considerado», una institución de claras e inquietantes reminiscencias del Consejo Nocturno de *Las leyes* de Platón (Jhering, [1877] 1961, pp. 309-310).

No obstante, la idea de indulgencia seguramente llevó a Aristóteles a una ambigüedad nueva y distinta. De un lado, la equidad parece mantenerse dentro de los márgenes de la ley, conforme a la observación de la *Ética nicomáquea* de que la equidad corrige «aquello que el legislador mismo habría dicho si hubiera estado allí y habría hecho constar en la ley si hubiera sabido». Aristóteles desarrolla esta idea en los primeros incisos del texto de la *Retórica* que acabo de citar, cuando propone mirar al legislador y a su intención: podemos denominarla *equidad intralegal*. Sin embargo, de otro lado, Aristóteles apela a un significado diferente de la equidad, fuera ya no solo de la letra de la ley, sino también de su espíritu, cuando ese mismo texto de la *Retórica* continúa diciendo: «es también de equidad [...] el querer acudir mejor a un arbitraje que a un juicio, porque el árbitro atiende a lo equitativo, pero el juez a la ley, y por eso se inventó el árbitro, para que domine la equidad» (*Retórica*, 1374b).

Puede debatirse si esta nueva diferenciación entre ley y equidad plantea una oposición tajante entre Derecho y justicia, en la que la decisión propiamente jurídica se opone a una *equidad extra y antijurídica*, o si, más bien, como ocurre en muchos sistemas jurídicos con el arbitraje en materias de Derecho privado, permite reconocer solo una *equidad extralegal*, conforme a la cual cabe diferenciar entre decisión estrictamente legal y decisión de arbitraje, pero considerando a ambas como autorizadas por el Derecho. Así, en la medida en que se trate de un procedimiento de resolución de conflictos expresamente previsto y autorizado por el sistema jurídico, el juicio de equidad propio del arbitraje en Derecho privado puede ser externo a la legalidad civil o mercantil, tanto sustantiva como procesal, pero no algo extrajurídico, y todavía menos antijurídico.

En relación con la indulgencia en materia penal, puede considerarse equidad extralegal, pero no antijurídica, la que excepciona los criterios propios del sistema penal sustantivo y procesal. Tal forma de equidad puede manifestarse no solo en algunos casos de indulto, sino también en la fase estrictamente judicial, al menos cuando el sistema tolera exculpaciones o mitigaciones de la pena contra la exigencia legal de declarar la verdad de los hechos probados. En el sistema penal anglosajón parece formar parte del sistema jurídico la discutida *jury nullification*, que es el poder irrevocable de los jurados para exculpar delitos que consideran excesiva o injustamente penados. Se trata de un poder que, al menos en Estados Unidos, no se considera propiamente antijurídico, pues se integra en el sistema de manera excepcional y similar al indulto —y así, al igual que el indulto, la *jury nullification* se ha mostrado históricamente como un arma de doble filo, pues, aparte de algunas absoluciones de la pena capital, sirvió tanto para exculpar a acusados de violar la *Fugitive Slave Act* de 1850, que prohibía a nivel federal la acogida de esclavos escapados de los Estados esclavistas o el prestarles ayuda, como para exonerar a blancos claramente culpables de delitos contra negros y a la inversa (Lasswell, 2009, p. 416; Leipold, 2009, pp. 543-560; Vidmar & Hans, 2007, pp. 227-234; para quien desee profundizar en el tema, remito al completo y detallado estudio de Conrad, 1989)—. En sistemas como el español, en cambio, la declaración de hechos probados en un juicio penal, sea por un jurado o por un juez o tribunal, está sometida a severas exigencias de justificación y control judicial, y su falsedad deliberada por el juez entra formalmente en el delito de prevaricación judicial, resultando en principio no solo extralegal sino también extra y antijurídica.

Por su parte, dentro de la equidad intralegal, en el sentido de conforme con el sistema penal, tiene interés distinguir entre lo que —a falta de mejor terminología— puede denominarse indulgencia equitativa judicial y no judicial, en función de si la indulgencia se ejerce dentro del proceso de la interpretación propia del juzgar y sentenciar los delitos o fuera de ella. Como los problemas teóricos más interesantes los plantea la equidad judicial, me referiré a ella en los

apartados siguientes. Para concluir este punto, bastará mencionar brevemente los dos momentos esenciales en los que pueden producirse decisiones de indulgencia equitativa no judicial: antes y después del juicio penal.

Antes del juicio penal, las regulaciones sobre la acusación pueden dar juego a la lenidad, permitiendo la no presentación de cargos (por el perdón de la parte ofendida o por el criterio de oportunidad atribuido a la fiscalía³) o la mitigación de las penas en una negociación entre el acusado y la fiscalía (el *plea bargaining* del sistema estadounidense). Debe precisarse, no obstante, que mecanismos como los anteriores también pueden ejercerse por razones del todo ajenas a la equidad, y aun reñidas con ella: en particular, un efecto perverso del *plea bargaining* en Estados Unidos es la elevación de las penas (o el establecimiento de mínimos de cumplimiento obligatorio) por encima de la proporcionalidad, con objeto de facilitar la cesión de los acusados ante la negociación. Por ello, con razón se ha criticado que «es difícil caracterizar esta táctica de la fiscalía como dispensación de gracia [*mercy*]. Es mera discrecionalidad para imponer un castigo, y debería recibir mayor inspección» (Steiker, 2010, pp. 28, 33, 35 y 39; véase también Barkow, 2009b, p. 682).

Aun así, diversos estudios estadounidenses sobre la gracia o *mercy* saludan con simpatía prácticamente cualquier ocasión y motivo de indulgencia como respuesta ante la dureza de su sistema penal, es decir, por una razón genérica de equidad. En la literatura estadounidense es bastante usual la extensión de la idea de *mercy* a todas las formas de indulgencia equitativa que se acaban de comentar, de las extralegales a las intralegales, como respuesta justa ante la sobrecriminalización y la sobrepenalización del sistema penal, señaladas también como culpables de la decadencia de la gracia (Williams, 2012, pp. 266-267; Steiker, 2010, pp. 49-50; Murphy, 2009, pp. 193-195; Barkow, 2009a, pp. 665-668; Berman, 2009, p. 675; véase también, con matices, Markel, 2004, pp. 1.474-1.476; y, solo en defensa de la equidad judicial de forma abierta, Ferguson, 2012, pp. 38-42, 64 y 78-81).

En cuanto a la fase de ejecución de la pena, ha sido un campo típico de progresivo reconocimiento legal de causas de equidad indulgente, como la menor gravedad del delito o la rehabilitación del condenado⁴, que también han contribuido a cercenar las razones que justifican el recurso al indulto (Hierro, 2017, § 7). Y, sin duda, figuras como las suspensiones de sentencia, la libertad condicional, la progresión de grados penitenciarios u otras similares —que, según los sistemas, corresponde apreciar al poder ejecutivo, a la administración penitenciaria, al poder judicial o a una u otra combinación entre ellos—, son preferibles al indulto, en la medida en que se sometan a procedimientos generalizables y controlables. Como ya dijo Concepción Arenal: «Es justo que a los penados que se conducen bien en la prisión se les rebaje el tiempo de la condena, no por gracia, sino por justicia, y conforme a reglas inflexibles consignadas en la ley» (Arenal, 1893, p. 54).

V. UNA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LA EQUIDAD

Los problemas más interesantes que plantea la equidad aristotélica se sitúan en la interpretación penal de carácter judicial, donde está excluida la equidad extralegal. El principio de legalidad penal tiende a convertir la equidad extralegal en extra y antijurídica. Así, en la tradición inglesa de la *Equity* como jurisdicción especial frente al régimen general del *Common Law* —ya objeto de la severa crítica de John Selden como mudable según la medida del pie del Lord Canciller⁵— se excluyó toda materia penal, reservando la posibilidad de ir más allá de la ley penal solo al poder de indulto regio. Como escribió William Blackstone,

la libertad de nuestra Constitución no permite que en casos penales se conceda a ningún juez interpretar la ley de otra manera que conforme a su letra. [...] Un hombre no puede sufrir *máscastigo* que el que la ley le atribuye, pero puede sufrir *menos*. Las leyes no pueden ser estiradas por parcialidad para infligir una pena más allá de lo que la letra dice; pero en los casos en los que la letra induce a un aparente aprieto, la Corona tiene el poder de indultar ([1753] 1893, Introducción, III, p. 92).

En el modelo continental, es digna de mención la regulación del Código Penal español, el cual tradicionalmente contiene dos preceptos que, en apariencia al menos, excluyen toda forma de equidad judicial, sea en contra o en beneficio del reo:

Artículo 4. 2. En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal.

3. Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo⁶.

Regulaciones como las anteriores, que reflejan la concepción estrictamente legalista del Derecho penal, parecen conducir a la exclusión de la equidad aristotélica en ese ámbito, o, lo que viene a conducir a lo mismo, a una reinterpretación de la equidad especialmente restrictiva que, en realidad, la desnaturaliza. De este segundo tipo es la propuesta de Luigi Ferrajoli, que merece la pena comentar.

En su influyente tratado *Diritto e ragione*, Ferrajoli propone una lectura de la equidad aristotélica basada, como en Aristóteles, en las nociones de adecuación a la particularidad de cada caso y de indulgencia. En la visión del filósofo del Derecho italiano, ambas nociones aparecen expresamente relacionadas, porque la comprensión simpatética de las particularidades de cada caso tiende a conducir a la compasión y al criterio del *favor rei*, hasta el punto de afirmar que «[u]na comprensión perfecta [...] del caso específico comportaría quizá, en muchos casos, la absolución, conforme al principio *tout comprendre est tout pardonner*» — lo que, no obstante, reconoce como no permitido por la ley— (Ferrajoli, 1990, § 11.5, especialmente pp. 46-147; 1995, p. 165; en una línea muy similar, véase Williams, 2012, pp. 275-277).

Sin embargo, Ferrajoli reduce en último término la equidad a mera legalidad dentro del poder discrecional conferido al juez por la ley penal, para atribuir a Aristóteles el supuesto error de considerar que la generalidad y la abstracción son un defecto de la ley, inaugurando así el «equivoco» históricamente persistente de contraponer la equidad a la legalidad y de atribuir a la equidad el papel de corregir de manera extraordinaria y desde afuera (*extra-, ultra- o contra- legem*) una legislación insuficiente, lagunosa o errónea. Sin embargo, la equidad judicial, según Ferrajoli, puede considerarse insertada en la legalidad porque ha de quedar reducida a ser una aplicación dentro de los márgenes de discrecionalidad conferidos por la ley. Su teorización de la equidad se basa en la distinción lingüística entre connotación y denotación: mientras la ley denota, esto es, señala o indica los casos a los que es aplicable el delito y la pena; el juez, en cambio, connota, esto es, define las propiedades de las variables circunstancias concretas del

caso que hacen de cada caso un caso único y distinto. El poder discrecional del juez coincide precisamente con ese poder de connotación, siempre que se ejerza dentro de la denotación legal (Ferrajoli, 1990, pp. 137-142; 1995, pp. 156-162).

Pues bien, ese poder discrecional de connotación del juez tiene tres manifestaciones básicas: (a) el uso de términos legales valorativamente abiertos «que remiten a la connotación equitativa», como «gravedad» o «levedad» del daño, «crueldad» de la conducta, etcétera; (b) la posibilidad de aplicar «atenuantes genéricas», que permiten al juez tener en cuenta cualquier circunstancia que él considere justificada para disminuir la pena; y (c) la facultad de graduar la pena dentro del máximo y el mínimo de cada delito en atención a distintas circunstancias⁷. El anterior poder discrecional sería, según Ferrajoli, un componente intrínseco de la función judicial que puede ser reducido o disciplinado mediante definiciones legales más específicas, pero que no se puede, y ni siquiera se debe, excluir (1990, pp. 141-142; 1995, p. 161). Cabría precisar que el mínimo ineludible de discrecionalidad puede ser realmente muy mínimo, quizá reducido a los términos vagos aludidos bajo la letra (a), y que tanto las atenuantes genéricas como la escala individualizable de las penas son regulaciones contingentes: así, mientras el Código Penal francés de 1791 establecía penas absolutamente fijas (véase Dorado Montero, [1911] 1915, p. 403), podría no existir una atenuante genérica (o ser bastante más restrictiva que la italiana, como ocurre con la atenuante análoga del artículo 21.7^a del Código Penal español). En todo caso, para Ferrajoli se trataría siempre de una discrecionalidad mínima, que podría y hasta debería ampliarse legalmente, en especial mediante la eliminación de los límites mínimos de la pena o la previsión de una autorización expresa al juez para apreciar circunstancias eximentes genéricas, similar al perdón judicial de los menores del Código Penal italiano (Ferrajoli, 1990, p. 147; 1995, pp. 165-166).

Hay algo profundamente paradójico entre el fuerte legalismo interpretativo de la construcción de Ferrajoli, declaradamente cognoscitivista, y el considerable peso que atribuyen al particularismo aplicativo afirmaciones como las siguientes:

el juez tiene sin embargo la tarea de comprender todas las circunstancias —legalmente imprevistas y a menudo imprevisibles— que hacen a cada hecho distinto de todos los demás [...] En concreto, siempre ocurre algo que queda fuera de la fórmula universal [...] Al connotar equitativamente un hecho concreto, el juez no corrige, integra, sobrepasa y ni siquiera interpreta la ley más de lo que yo corrijo, integro, sobrepaso o interpreto el significado de la palabra «mesa» definido por el diccionario cuando la uso para denotar la mesa sobre la que ahora estoy escribiendo y para connotar sus características específicas e irrepetibles que la hacen distinta de todas las demás mesas del mundo (Ferrajoli, 1990, §11.3, pp. 141, 142 y 143; 1995, pp. 160 y 162).

En realidad, parece inverosímil que una visión racionalista y esencialmente cognoscitivista de la interpretación jurídica permita suscribir una teoría particularista, conforme a la cual las particularidades de cada caso convierten en insuficiente o, peor, en inútil toda idea de generalidad (tema sobre el que volveré críticamente más adelante).

Sea como sea, lo que aquí me importa más subrayar, para concluir, es que, a pesar de las buenas intenciones equitativas de Ferrajoli, una construcción legalista como la basada en la distinción entre denotación y connotación no permite cubrir los problemas de supra e infrainclusión en los que, aun sin utilizar esa terminología, pensaba Aristóteles al proponer la corrección equitativa de la ley. Ferrajoli, al reducir la equidad a simple y llana legalidad, prescinde de la idea de corrección indulgente, pues ¿qué indulgencia correctiva o equitativa tiene el juez cuando utiliza

la atenuante genérica que la ley ya prevé, o cuando reduce la pena al grado mínimo que la ley autoriza? A mi modo de ver, Aristóteles permite, y quizá exige, una interpretación menos estrictamente legalista, basada en las limitaciones de conocimiento y previsibilidad de las generalizaciones legales. Claro que ello plantea el problema de si, en el campo del Derecho penal, la equidad aristotélica se sitúa fuera del principio de legalidad.

VI. ¿EQUIDAD INTRALEGAL O PARALEGAL?

La cuestión más relevante que propone la tesis aristotélica sigue siendo si, en sistemas penales como los sometidos al principio de legalidad, está justificado que los jueces realicen una interpretación equitativa de la ley que no sería extralegal, sino —y aquí se abre una duda que merece discusión— intralegal o acaso paralegal. Para avanzar la conclusión que voy a defender, creo que cabe una interpretación equitativa intralegal, y que entre esa forma de equidad y la extralegal no hay lugar para ninguna forma intermedia, como la que he llamado paralegal. Como se verá, tal equidad paralegal carece de sustancia propia, porque se trata de una manifestación de la equidad que —conforme a la ambigüedad del prefijo griego «para-», que puede significar tanto «junto a» como «contra» o «al margen de»— termina recayendo, según los casos, bien en la equidad intralegal, bien en la extralegal. La primera sería aquella equidad conforme con el principio de legalidad penal, con independencia de que vaya más allá de la letra de la ley, mientras que la segunda quedaría fuera de los principios básicos que disciplinan el sistema penal (y que, como se ha visto en el punto 4, puede no ser anti- ni extrajurídica).

Conviene comenzar observando que la concurrencia de una suprainclusión o una infrainclusión en la ley penal no decide sin más y automáticamente la necesidad de corregir el sentido de la regla. Es verdad que, al menos en principio, mientras la suprainclusión en normas desfavorables (o la infrainclusión en favorables) permite, aunque no exige, abrir la discusión sobre una interpretación equitativa, la infrainclusión en normas penales desfavorables no parece admitir corrección en ningún caso (como tampoco la suprainclusión en normas favorables). Sin embargo, según se verá, no siempre se ha cumplido el anterior criterio, pues la interpretación puede depender tanto de argumentos específicos relativos al punto legal concreto como, de manera previa, de que el intérprete acepte que concurre una infra o una suprainclusión normativa. La mejor manera de analizar este punto es comentando algunos ejemplos.

Comenzaré por un caso de infrainclusión en una norma punitiva cuya corrección judicial aparentemente configuraría una forma de equidad *contra reo* y, por tanto, agravatoria y no indulgente. Se produjo en el Derecho escocés, un tipo de Derecho penal no legislado, donde en 1989 se reconoció como delito la violación marital bajo convivencia por la *Scottish High Court of Justiciary* en el caso *Stallard v. HM Advocate*, cuando hasta entonces se venía considerando impune conforme al *Common Law*. Sin embargo, es debatible si estamos ante una interpretación extralegal que cambió el *Common Law* en ese punto⁸ o si el tribunal mantuvo el criterio vigente en ese sistema jurídico⁹: si bien el tribunal era consciente de estar cambiando el criterio previo existente en el *Common Law* bajo la idea de que el Derecho es un «sistema vivo», también alegó que no existía ningún precedente judicial vinculante en apoyo del criterio tradicional, basado solo en la opinión de una autoridad doctrinal de finales del siglo XVIII que el tribunal encontró infundada, por la buena razón de que en el *Common Law* se considera violación toda relación sexual forzada.

Puede ser de interés profundizar en la argumentación de la sentencia de la *High Court*, tan refinada que hace difícil adoptar una u otra interpretación. Por una parte, afirma lo siguiente:

Esta es la primera oportunidad que ha tenido este tribunal en Escocia de considerar si la afirmación de Hume [el barón Hume, primo del filósofo y autor de los *Commentaries on the Law of Scotland respecting Crimes*, de 1789, quien inicia la doctrina] era fundada cuando fue escrita y si lo es hoy [...] [lo cual] depende completamente de la razón que se da para justificarla. Nuestra primera observación es que si lo que Hume quiso decir es que mediante el matrimonio la mujer consiente expresa o tácitamente el coito con su marido como un incidente normal del matrimonio, tal razón no suministra justificación para su afirmación sobre el Derecho, porque la violación ha sido siempre esencialmente un delito violento y en realidad nada más que un abuso sexual agravado. [...] Si, por otro lado, Hume quería decir que mediante el matrimonio la mujer consiente en el coito contra su voluntad y por la fuerza, albergamos dudas de si esto era contemplado por el *Common Law*.

Pero, por otra parte, la *High Court* también añade a renglón seguido que

fuera buena o no la razón dada por Hume para la inmunidad del marido en el siglo XVIII y a principios del XIX, desde entonces ha desaparecido del todo. [...] En la segunda mitad del siglo XX, sin embargo, el estatus de la mujer y el estado de la mujer casada han cambiado dramáticamente en nuestro Derecho. [...] Un sistema vivo de Derecho siempre habrá de tener en cuenta las circunstancias cambiantes para controlar la justificación de cualquier excepción a la aplicación de una regla general. [...] Hoy en día no se puede afirmar, cualquiera que haya sido la posición mantenida en siglos anteriores, que es un incidente del matrimonio moderno el que la mujer consienta el coito en todas las circunstancias, incluyendo el obtenido solo por la fuerza (*Stallard v. HM Advocate*, p. 473).

En la alternativa anterior, probablemente la tesis más convincente reposa en la primera argumentación, pues la segunda no solo es subsidiaria de aquella, sino que únicamente parece implicar el reconocimiento por el tribunal del cambio de la norma en un momento anterior (entre paréntesis, debe admitirse, no obstante, que en un sistema como el de *Common Law*, sin previa ley penal escrita, cualquiera de las dos soluciones exigiría que en el primer caso que llega a los tribunales el imputado podría venir excusado por un error de prohibición invencible).

Ahora bien, en un caso como el anterior se podría mantener la duda de si estamos ante una forma de equidad agravatoria prohibida o ante una interpretación acertada del Derecho vigente. Aun así, eso no significaría que la situación sea sustantivamente indefinida y que ocupe un lugar intermedio entre una y otra posibilidad. En la medida en que adoptemos un punto de vista interpretativo, y no uno meramente descriptivo, la decisión de *Stallard* fue correcta o no lo fue. Si no lo fue, se trató de una decisión que cambió el *Common Law*, es decir, extralegal, en el sentido aquí utilizado. Si lo fue, se trató de una decisión intralegal o conforme con dicho sistema normativo. Y, entre una y otra solución, la extralegal o la intralegal, no queda espacio alguno, me parece, para el hipotético tercer género de lo paralegal.

La conclusión anterior puede confirmarse mediante dos casos más: uno *in malam partem*, la violación anal, y otro *in bonam*, el homicidio del maltratador habitual por su mujer. En el Derecho español, hasta finales de los años 80 venía siendo claro y pacífico para la doctrina y la jurisprudencia que el delito de violación solo era posible cuando existía penetración vaginal, de modo que había una clara infrainclusión del coito anal, tanto hetero como homosexual, que venía penado como delito de abusos deshonestos con una pena muy inferior. Sin embargo, en 1987, ante un grave caso de violación anal de una mujer, el Tribunal Supremo entendió que no podía interpretar la ley en perjuicio del reo y, en aplicación del artículo 4.2 del Código penal antes citado, elevó al Gobierno una «exposición motivada» solicitando el cambio legislativo, que

se introdujo efectivamente en 1989 —véase Alonso de Escamilla (1989, pp. 575-579, donde se recoge íntegra la Exposición del Tribunal Supremo, firmada por Enrique Ruiz Vadillo).

Por otro lado, en la reciente dogmática penal, y no solo en España, se viene debatiendo sobre el régimen penal del homicidio del maltratador habitual por su mujer. Frente a la tendencia judicial tradicional a considerar tales casos como asesinatos con alevosía, así como a excluir sistemáticamente la posibilidad de eximirlos por legítima defensa, hay sólidos argumentos para superar, en algunos tipos de casos al menos, ambas calificaciones¹⁰. En el sistema jurídico español, probablemente habrá quien sostenga que tal interpretación es una forma de equidad extralegal vedada a los tribunales por el citado artículo 4.3 del Código Penal. Sin embargo, creo que es más persuasiva la tesis alternativa que, considerando ambos criterios como supraincluyentes *in malam partem*, admite en general la exclusión prácticamente automática de la alevosía y la posibilidad de algunos casos de legítima defensa. Si tal interpretación fuera correcta, se trataría de una «*rigurosa* aplicación» de la ley ante la que, en el sistema español, no procedería que el juez o tribunal acudiera al gobierno. Alternativamente, en un sistema como el español al menos, si el juez o tribunal albergara dudas sobre dicha interpretación, debería presentar una cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, puesto que, en los casos de sobre o infrainclusión, hay siempre, por definición, un problema de igualdad ante la ley, lo que en materia penal puede afectar al principio de proporcionalidad. No obstante, salvado ese espacio intermedio ante una duda interpretativa (que, por cierto, solo podría mantener un tribunal ordinario, pero no el tribunal al que se remite la duda), entre una y otra posibilidad —considerar a la nueva interpretación o extralegal o intralegal—, una vez más no hay espacio para una interpretación paralegal.

VII. EQUIDAD Y LEGISLACIÓN: LA IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY

Me interesa citar un último ejemplo para dar paso a una discusión diferente: si esta forma de equidad introducida mediante interpretación judicial que vengo comentando puede ser una solución suficiente, estable y definitiva frente a la legislación deficiente por supra o infrainclusión. Se trata de la figura del delito continuado, una construcción de origen medieval que en España fue recibida por la jurisprudencia —en principio *extra legem*, pero integrándose en el sistema penal tras su consolidación— mucho antes de que la ley terminara por recoger la figura en 1983. El sentido del delito continuado era, en principio, rebajar el conjunto de la pena de ciertos delitos del mismo tipo cometidos a largo del tiempo, mediante la ficción de considerarlos un único delito agravado. De tal modo, la figura podía tener respaldo en razones de equidad *in bonam partem* para atenuar el rigor de lo que con alguna benevolencia interpretativa podría considerarse una infrainclusión en las reglas que disminuyen la pena por concurso de delitos. Lo que quiero destacar, sin embargo, es que la jurisprudencia anterior al cambio legislativo, además de seguir una «línea sinuosa» en conjunto, trató desigualmente algunos tipos de supuestos, hasta el punto de producir en ellos un aumento de la pena, introduciendo por tanto en parte una «equidad» en perjuicio del acusado (Rodríguez Devesa, 1970, pp. 693-698; la calificación de «sinuosa» aparece en la página 696; véase también Córdoba Roda & otros, 1972, pp. 318 y 325; Mir Puig, 2011, p. 655).

El ejemplo anterior parece mostrar que, si la interpretación equitativa judicial puede servir de llamada de atención a propósito de algunas imperfecciones de la ley, es el legislador quien mejor puede reajustarla para afinar los criterios relevantes, evitar las oscilaciones y variaciones típicas de la interpretación casuística y, en fin, ir garantizando un mayor grado de igualdad en la aplicación de la ley. El expediente alternativo de confiar a la prerrogativa ejecutiva del indulto la

corrección equitativa agrava claramente el posible daño al principio de igualdad, porque, al modo de proceder caso por caso, similar al judicial, le añade una discrecionalidad no controlada.

La anterior argumentación sugiere que seguramente el modelo preferible para ir reduciendo la posible deficiencia de las normas generales puesta de manifiesto por Aristóteles es mantener un diálogo permanentemente abierto entre una interpretación judicial sensible a la equidad y una legislación atenta a las decisiones judiciales. Esta posición, sin embargo, se opone a una forma de particularismo que extiende la sensata tesis aristotélica de que toda formulación general *puede ser eventualmente* inapropiada en alguno o algunos casos concretos hasta la insostenible tesis de que toda formulación general *es siempre* inapropiada porque cada caso es un conjunto distinto de particularidades irreducible a la generalización. Así, con el propósito de defender su no controlabilidad judicial, el magistrado español Jorge Rodríguez-Zapata ha afirmado que el indulto es

algo excepcional que se concede *una tantum*. Es unánime la jurisprudencia comparada al afirmar que la esencia del poder de perdonar consiste en tratar cada caso en forma singular e individualizada. *No es aplicable el canon de la igualdad a los casos de indulto porque no hay, en materia de gracia, dos casos que sean iguales* (Por todas, sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Schick v. Reed* de 23 de diciembre de 1974 [419 U.S. 256 (1974)]) (Sentencia 5997/2013, fundamento 9 del voto particular)¹¹.

Aplicada al Derecho, esta es la vieja doctrina de que no hay enfermedades sino enfermos, que, tomada al pie de la letra, haría imposible la medicina como ciencia. Frente a semejante creencia, conviene recordar que, cuando hoy se afirma que el futuro de la medicina está en la personalización de los tratamientos, lo que se defiende es un mayor y mejor conocimiento científico de los diversos *tipos* de enfermedad, un conocimiento que no puede ser más que generalizador. Ciertamente, el conocimiento mejora a medida que las generalizaciones van siendo más afinadas y «particularizadas», por ejemplo, a propósito de las relaciones entre los distintos medicamentos y las diferentes dotaciones y combinaciones genéticas, que —al igual que respecto de otras circunstancias tradicionalmente ya tenidas en cuenta, como el peso, la edad, el sexo, etcétera— son siempre relaciones que parten de generalizaciones y las establecen.

Volviendo al Derecho, para negar la inmensa generalización de que todos los casos son únicos no hace falta negar que quizá exista algún caso único¹² (al menos mientras no aparezcan otros similares)¹³. Por supuesto, cada caso es particularmente diferente de cualquier otro en algún aspecto, porque de lo contrario estaríamos exactamente ante el mismo caso. Con todo, lo decisivo para negar la tesis que comento es que la generalización normativa y la igualdad asociada a ella son no solo apropiadas sino también imprescindibles cuando, entre las muchas diferencias irrelevantes que hacen que distintos casos sean discernibles, encontramos alguno o algunos rasgos relevantes que los asemejan. Y, en materia jurídica, no hay razones para pensar que la equidad indulgente aplicada en un caso no deba extenderse, precisamente por razones de igualdad, a todos los casos que puedan ser similares. Un problema siempre acechante en la equidad judicial, y todavía con mayor razón en el indulto, es que el mito particularista de que todos los casos son únicos tienda a encubrir una aplicación de formas injustas de desigualdad.

Como conclusión, cabe resumir brevemente los principales resultados de este escrito. La justificación del derecho de gracia en motivos de justicia o equidad tiene actualmente escaso sentido en la forma del indulto, salvo en los sistemas jurídicos que todavía mantienen la pena de muerte. Fuera de tal tipo de pena, la restauración de la justicia ante la posibilidad de errores

judiciales requiere un sistema de recursos judiciales bien diseñado, en vez de la intervención del poder ejecutivo. Por lo demás, la equidad correctiva de las deficiencias de la generalidad de la ley teorizada por Aristóteles tiene su campo más juicioso de detección en el ejercicio de la interpretación judicial, que para operar adecuadamente debería practicarse en una suerte de diálogo con el poder legislativo. En lo que se refiere a la equidad, la tarea decisiva del juez es discriminar entre la equidad intralegal y la extralegal, resolviendo mediante la primera y defiriendo la segunda al legislador. Sin embargo, también la equidad intralegal puede dar lugar a oscilaciones e indeterminaciones jurisprudenciales que exijan o recomienden la ulterior intervención del legislador.

REFERENCIAS

Alonso de Escamilla, A. (1989). El delito de violación: la conducta típica. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 42(2), 571-591. [[Links](#)]

Arenal, C. (1893). *El derecho de gracia ante la justicia y El reo, el pueblo y el verdugo*. Madrid: La España Moderna. [[Links](#)]

Aristóteles (1985a). *Ética a Nicómaco* (M. Araujo & J. Marías, trads.). 4.ª ed. Edición bilingüe. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. [[Links](#)]

Aristóteles (1985b). *Ética nicomáquea* (J. Pallí, trad.). Madrid: Gredos. [[Links](#)]

Aristóteles (1990). *Retórica* (A. Tovar, trad.). 4.ª ed. Edición bilingüe. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. [[Links](#)]

Barkow, R. E. (2009a). Mercy's Decline and Administrative Law's Ascendence. En P.H. Robinson, S.P. Garvey y K.K. Ferzan (eds.), *Criminal Law Conversations* (pp. 663-672). Oxford: Oxford University Press.

Barkow, R. E. (2009b). Reply to Berman. En P.H. Robinson, S.P. Garvey y K.K. Ferzan (eds.), *Criminal Law Conversations* (pp. 681-682). Oxford: Oxford University Press. [[Links](#)]

Berman, D.A. (2009). Mercy's Disguise, Prosecutorial Power, and Equality's Modern Construction. En P.H. Robinson, S.P. Garvey y K.K. Ferzan (eds.), *Criminal Law Conversations* (pp. 675-676). Oxford: Oxford University Press.

Blackstone, W. ([1753] 1893). *Commentaries of the Laws of England*. Filadelfia: Lippincott. Recuperado de: <http://oll.libertyfund.org/titles/blackstonecommentaries-on-the-laws-of-england-in-four-books-vol-1>. [[Links](#)]

Conrad, C.S. (1989). *Jury Nullification: The Evolution of a Doctrine*. Durham: Carolina Academic Press. [[Links](#)]

Constant, B. ([1815] 1989). *Principios de política* (M.L. Sánchez Mejía, trad.). En *Escritos políticos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. [[Links](#)]

Córdoba Roda, J. & otros (1972). *Comentarios al código penal. Tomo II (artículos 23-119)*. Barcelona: Ariel. [[Links](#)]

Correa Flórez, M. C. (2017). *Legítima defensa en situaciones sin confrontación: La muerte del tirano de casa*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez-Universidad de los Andes. [[Links](#)]

Dorado Montero, P. ([1911] 1915). Amnistía e indulto: En *El Derecho protector de los criminales* (pp. 399-467). Madrid: Librería General de Victoriano Suárez. [[Links](#)]

Ferguson, R. A. (2012). The Place of Mercy in Legal Discourse. En A. Sarat (ed.) *Merciful Judgements and Contemporary Society. Legal Problems, Legal Possibilities* (pp. 19-82). Cambridge: Cambridge University Press. [[Links](#)]

Ferrajoli, L. (1990). *Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale*. Roma-Bari: Laterza. [[Links](#)]

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta. [[Links](#)]

Hegel, G.W.F. ([1807] 1966). *Fenomenología del espíritu* (Wenceslao Roces, trad.). Ciudad de México: FCE. [[Links](#)]

Hierro, L. (2017). *Sobre el indulto* (manuscrito). [[Links](#)]

Jhering, Rudolf von ([1877] 1961). *El fin en el Derecho* (D. Abad de Santillán, trad.). Puebla: Cajica. [[Links](#)]

Lasswell, J. (2009). Jury Nullification. En autores varios, *Encyclopedia of Race and Crime* (p. 416). Thousand Oaks: Sage Publications. [[Links](#)]

Leipold, A.D. (2009). Against Jury Nullification. En P.H. Robinson, S.P. Garvey y K.K. Ferzan (eds.), *Criminal Law Conversations* (pp. 543-550). Oxford: Oxford University Press. [[Links](#)]

Locke, J. ([1690] 1991). *Segundo ensayo sobre el gobierno civil* (F. Giménez García, trad.). En *Dos ensayos sobre el gobierno civil*. Madrid: Espasa Calpe. [[Links](#)]

Markel, D. (2004). Against Mercy: *Minnesota Law Review*, 88, 1.421-1.480. doi: 10.2139/ssrn.392880. [[Links](#)]

Mir Puig, S. (2011). *Derecho penal: Parte general*. 9.ª ed. Barcelona: Reppertor. [[Links](#)]

Murphy, J.G. (1988). Mercy and Legal Justice. En J.G. Murphy y J. Hampton (eds.) (pp. 162-186). *Forgiveness and Mercy*. Cambridge: Cambridge University Press. [[Links](#)]

Murphy, J.G. (2009) Remorse, Apology, and Mercy. En P.H. Robinson, S.P. Garvey y K.K. Ferzan (eds.), *Criminal Law Conversations* (pp. 186-195). Oxford: Oxford University Press. [[Links](#)]

Novak, A. (2016). *Comparative Executive Clemency: The Constitutional Pardon Power and the Prerogative of Mercy in Global Perspective*. Abingdon-Nueva York: Routledge. [[Links](#)]

Nussbaum, M.C. (1993). Equity and Mercy. *Philosophy & Public Affairs*, 22(2), 83-125. Recuperado de <https://www.law.upenn.edu/live/files/3391-nussbaum-mequity-and-mercy-1993>. [[Links](#)]

Pérez Manzano, M. (2016). Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género: Acción y reacción. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 34, 17-65. [[Links](#)]

Powell, H.J. (1993). «Cardozo's Foot»: The Chancellor's Conscience and Constructive Trusts. *Law & Contemporary Problems*, 56, 7-27.

Rapaport, E. (2000). Retribution and Redemption in the Operation of Executive Clemency. *Chicago-Kent Law Review*, 74(4), 1.501-1.535. Disponible en <http://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3175&context=cklawreview>.

Ristroph, A. (2012). Actions of Mercy. En A. Sarat (ed.). *Merciful Judgements and Contemporary Society. Legal Problems, Legal Possibilities* (pp. 205-233). Cambridge: Cambridge University Press. [[Links](#)]

Rodríguez Devesa, J.M. (1970): *Derecho penal español. Parte general*. Madrid. [[Links](#)]

Sarat, A. (2005). *Mercy on Trial: What it Means to Stop an Execution*. Princeton-Oxford: Princeton University Press. [[Links](#)]

Schauer, F. (1991). *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*. Oxford: Clarendon Press. [[Links](#)]

Séneca (2007). *De clementia: Sobre la clemencia* (C. Codoñer, trad.). 2.ª ed. Edición bilingüe. Madrid: Tecnos. [[Links](#)]

Simmonds, N.E. (1993). Judgment and Mercy. *Oxford Journal Legal Studies*, 13(52), 52-68. doi: 10.1093/ojls/13.1.52. [[Links](#)]

Staihar, J., & Macedo, S. (2012). Defending a Role for Mercy in a Criminal Justice System. En A. Sarat (ed.). *Merciful Judgements and Contemporary Society. Legal Problems, Legal Possibilities* (pp. 138-194). Cambridge: Cambridge University Press. [[Links](#)]

Steiker, C.S. (2010). Criminalization and the Criminal Process: Prudential Mercy as a Limit on Penal Sanctions in an Era of Mass Incarceration. En R.A. Duff y otros (eds.), *The Boudaries of the Criminal Law* (pp. 27-58). Oxford: Oxford University Press. [[Links](#)]

Tasioulas, J. (2003). Mercy: *Proceedings of the Aristotelian Society*, 103, 101-132. doi: 10.1111/j.0066-7372.2003.00066.x. [[Links](#)]

Tussman, J., & tenBroek, J. (1949). The Equal Protection of the Laws. *California Law Review*, 37(3), 341-381. doi: 10.15779/Z38PN4S. [[Links](#)]

Vidmar, N., & Hans, V.P. (2007). *American Juries: The Verdict*. Amherst: Prometheus Books. [[Links](#)]

Williams, S.H. (2012). A Feminist View of Mercy, Judgment, and the «Exception» in the Context of Transitional Justice. En A. Sarat (ed.). *Merciful Judgements and Contemporary Society. Legal Problems, Legal Possibilities* (pp. 247-290). Cambridge: Cambridge University Press. [[Links](#)]

Zagrebelsky, G. (1974). *Amnistia, indulto e grazia. Profili costituzionali*. Milán: Giuffré [[Links](#)].

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Código Penal [España]

Lord Advocate's Reference no. 1 of 2001 v. Edward Richard Watt (HCJT [Escocia], 22 de marzo de 2002).

Policy for Prosecutors in respect of Cases of Encouraging or Assisting Suicide (2010). Documento emitido por el Director of Public Prosecution [Reino Unido]. Recuperado de: https://www.cps.gov.uk/publications/prosecution/assisted_suicide_policy.html.

Report on Rape and Other Sexual Offences (2007). Documento emitido por la Scottish Law Commission Promoting Law Reform. Recuperado de: <http://www.scotlawcom.gov.uk/files/4712/7989/6877/rep209.pdf>.

Sentencia 5997/2013 (ES:TS:2013:5997 [España], 20 de noviembre de 2013).

Stallard v. HM Advocate (SCCR 248 [Escocia], 15 de marzo de 1989).

¹ El debate a propósito de este tema en Estados Unidos es extenso y complejo. En el plano jurídico tiene interés añadir que, mientras algún tribunal estatal ha anulado una conmutación de pena capital que el gobernador justificó en su disconformidad con un asesinato judicial (*Henry v. State*, de 1913, de la *Oklahoma Court of Criminal Appeals*), sentencias de otros tribunales estatales y federales han afirmado la irrevisabilidad del poder de indulto (*Sullivan v. Askew* [1977], de la *Florida Supreme Court*; e *In re Sapp* [1997], de la *U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit*). Al respecto, véase Sarat (2005, pp. 82-85).

² Además del *De clementia* de Séneca (II.7.3), cabe citar a John Locke ([1690] 1991, §159), a William Blackstone ([1753] 1893, Introducción, III, p. 92), a Benjamin Constant ([1815] 1989, p. 34) o a Rudolf von Jhering ([1877] 1961, p. 308).

³ Un ejemplo notable es la *Policy for Prosecutors in respect of Cases of Encouraging or Assisting Suicide*, aprobada en 2010 por el *Director of Public Prosecutions* británico (equivalente a un fiscal general del Estado), en la que, tras recordar que la persecución de cualquier delito no es automática y debe cumplir el requisito del «interés público», se citan como factores que la fiscalía debe sopesar para no perseguir algunos casos de ayuda al suicidio que «la víctima haya llegado a una decisión voluntaria, clara, firme e informada de cometer suicidio» o que el «sospechoso haya actuado plenamente movido por compasión» (§ 45).

⁴ Cabe precisar que la consideración de la rehabilitación como un motivo de equidad indulgente depende de la teoría de la justificación de la pena que se siga. Es plenamente compatible con las teorías de la prevención, tanto general como especial, y no parece incompatible con la teoría comunicativa de la pena, en la medida en que la propia imposición del castigo y su aceptación ulterior por la persona rehabilitada pueden cubrir suficientemente las exigencias de la justicia. En cambio, desde una teoría estrictamente retribucionista, ni el arrepentimiento ni la razonable garantía de que no se va a volver a delinquir parecen motivos de justicia suficientes para excluir o atenuar la pena, cabiendo solo la pura clemencia como posible razón que justifica la mitigación o la condonación de la pena. No obstante, un retribucionista estricto como Jeffrie Murphy afirma que el condenado que ha cumplido una gran parte de la pena y es realmente una «persona nueva» debe ser liberado como una cuestión no de compasión sino de justicia (Murphy, 1988, p. 173). En tajante oposición a este planteamiento retribucionista, también se ha defendido la relevancia del arrepentimiento como razón de clemencia compasiva ejercible discrecionalmente por el poder ejecutivo (Rapaport, 2000, pp. 1524ss).

⁵ En unas conversaciones publicadas póstumamente, en 1689, Selden afirmaba que la equidad varía de acuerdo con la conciencia del Canciller, siendo «tan amplia o tan estrecha como su zapato», de manera que «sería como si decidiéramos que el patrón de medida que llamamos "pie" fuera el pie del Canciller; ¿qué medida tan incierta sería esa?» (*The Table-Talk of John Selden*, citado por Powell, 1993, p. 7; Powell añade que «"el pie del Canciller" se ha convertido,

desde entonces, en una abreviatura del argumento de que la equidad es una interferencia injustificada y desafortunada en el curso regular del imperio de la ley)».

⁶ Este doble precepto existe, con pequeñas variaciones y casi siempre, como artículo 2, desde el código penal de 1848. Es importante notar cómo el texto del artículo 4.3 tal vez juegue con la ambigüedad de la noción de «*rigurosa* aplicación»: aunque en una lectura natural del texto debe entenderse que se toma por rigurosa la aplicación exacta, precisa o debida, el contexto podría sugerir que esa aplicación ha de ser también severa y rígida, cuando una interpretación rigurosa en el primer sentido bien podría ser equitativamente benevolente, según veremos después en algún ejemplo comentado en el texto. Cabe mencionar también que el segundo párrafo es defectuoso en su redacción actual (que, en lo esencial, repite la de los códigos de 1928 y 1944, acertadamente corregida por el de 1932), porque literalmente implica que el juicio del juez o tribunal es relevante sobre si ciertas acciones u omisiones no deberían ser delito, pero no sobre si la pena es excesiva. La redacción apropiada sería: «...que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo o cuya pena sea notablemente excesiva...». Aunque quien puede lo más (determinar si algo no debe ser delito) puede lo menos (determinar que la pena es excesiva) y en la práctica la relevancia de una u otra posibilidad dependerá siempre del juicio del juez, lo cierto es que la literalidad del texto legal viene a incurrir en el raro reconocimiento de que la ley puede ser objetivamente injusta por exceso en la pena.

⁷ Véase Ferrajoli, 1990, p. 141; 1995, pp. 160-161. Las facultades de las letras (b) y (c) remiten, respectivamente, al artículo 62-bis y a los artículos 132 y 133 del código penal italiano (véase Ferrajoli, 1990, p. 184, notas 108 y 110; 1995, p. 199).

⁸ Así lo interpretan tanto Tasioulas (2003, p. 112, nota 22) como el *Report on Rape and Other Sexual Offences*, donde se dice, a propósito de esta sentencia, lo siguiente: «desde al menos finales del siglo XVIII había una regla por la que el marido no podía ser condenado por violar a su mujer. Esta regla fue abolida por decisión judicial pero solo en 1989» (§1.5).

⁹ Como lo argumenta con mucha sutileza el voto de Lord McCluskey en una sentencia posterior del mismo tribunal (véase *Lord Advocate's Reference no. 1 of 2001 v. Edward Richard Watt*, § 19).

¹⁰ Véase la bien ponderada y convincente argumentación, que comparto, de Pérez Manzano (2016, pp. 49-60), así como, en sentido similar y con un tratamiento más amplio, Correa Flórez (2017); en el Derecho inglés, Tasioulas (2003, p. 117) cita el caso *Regina v. Duffy*, de 1949, en el que el jurado recomendó clemencia y a la mujer homicida de su marido maltratador se le conmutó la pena de muerte por una cadena perpetua de la que solo cumplió tres años.

¹¹ No obstante, dejando a un lado la ostensible hipérbole del texto a propósito de la unanimidad de la jurisprudencia comparada, me parece oportuno precisar que en la sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos el argumento de que no «hay dos casos iguales» se despacha escuetamente en la página 268, a modo de expediente perezoso que evita entrar en comparaciones de relevancia entre casos eventualmente similares.

¹² Véase, sobre ello, Zagrebelsky (1974, pp. 93-96). Como anécdota, en la literatura que he leído, solo he visto un caso que puede considerarse presumiblemente irreplicable: el de Simplicio y Lucio Gdina, dos siameses nacidos en 1908 en Filipinas, uno de los cuales dañó con su vehículo a otro conductor bajo los efectos del alcohol y fue sentenciado a cinco días de cárcel, que no cumplió (Staihar & Macedo, 2012, p. 174).

¹³ Por lo demás, ni siquiera el caso único puede ser propiamente conocido sin la generalización propia de los conceptos: véase, sobre ello, la aguda crítica al particularismo aplicado a la noción de *mercy* de Nigel Simmonds (1993, pp. 64-65). Simmonds remite a la distinción de Hegel entre la «certeza sensible» sobre la particularidad única, que compartimos con los animales y nos coloca ante el vacío ilimitado de «la verdad más abstracta y más pobre», y el conocimiento conceptual, que nos permite salir del anterior vacío y enriquecer nuestra relación con el mundo discriminando mediante categorías generales (véase. Hegel, [1807] 1966, §A.I.1, p. 63).

Fuente: RUIZ MIGUEL, Alfonso. Gracia y justicia: el lugar de la equidad. Derecho [online]. 2017, n.79 [citado 2018-06-18], pp.77-98. Disponible en: <http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0251-34202017000200004&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0251-3420. <http://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.201702.004>.