

TESIS DOCTORAL

EL CONTROL JURISDICCIONAL DEL INDULTO PARTICULAR

Doctorando: Jerónimo García San Martín
Directora: Dra. Dña. Rosa Rodríguez Bahamonde

Facultad de Ciencias Jurídicas de la ULPGC
Departamento de Derecho Público

Las Palmas de Gran Canaria, 2006

ÍNDICE

ABREVIATURAS

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO: ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

1.- ANTECEDENTES REMOTOS

2.- DERECHO ROMANO

3.- EDAD MEDIA

4.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA EN ESPAÑA: DESDE EL FUERO
JUZGO AL REGLAMENTO DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 1.807

5.- LA CRÍTICA DE LA ILUSTRACIÓN

6.- LA GRACIA EN LA ETAPA DEL CONSTITUCIONALISMO
HISTÓRICO ESPAÑOL

7.- LA GRACIA DURANTE EL FRANQUISMO

8.- DESDE LA TRANSICIÓN HASTA NUESTROS DÍAS

CAPÍTULO SEGUNDO: INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE GRACIA EN EL DERECHO COMPARADO

I.- LA PRERROGATIVA DE GRACIA EN LOS ORDENAMIENTOS ANGLOSAJONES

A) La gracia en EEUU.

B) La gracia en el Reino Unido e Irlanda.

II.- LA PRERROGATIVA DE GRACIA EN EL ORDENAMIENTO FRANCÉS

III.- LA PRERROGATIVA DE GRACIA EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO

IV.- LA PRERROGATIVA DE GRACIA EN EL ORDENAMIENTO ALEMÁN

CAPÍTULO TERCERO: TRATAMIENTO DE LA GRACIA DE INDULTO EN ESPAÑA

1.- CONCEPTO

2.- NATURALEZA JURÍDICA DEL INDULTO PARTICULAR

3.- FUNDAMENTOS DEL INDULTO PARTICULAR

4.- PRESUPUESTOS DEL INDULTO PARTICULAR

A) En relación al beneficiario.

- B) En relación al delito del que trae causa la pena objeto de indulto.
- C) En relación a la pena objeto de indulto.
- D) En relación a terceros.

I.- La excepción a la proscripción de reincidencia.

II.- La excepción del artículo 3 de la L.I.: especial consideración del indulto anticipado.

III.- La excepción del artículo 102.3 de la C.E.

IV.- La excepcional consideración de la pena pecuniaria.

5.- CAUSAS O MOTIVOS DE INDULTO PARTICULAR

I.- La vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas como posible causa de indulto. Especial consideración de la dilaciones sin rango de indebidas.

II.- La vulneración del principio de proporcionalidad de la pena como posible causa de indulto.

III.- El cambio de doctrina jurisprudencial como posible motivo de indulto.

IV.- La pena natural como posible causa de indulto.

6.- CLASES DE INDULTO

I.- En virtud de la individualidad o pluralidad de los sujetos potencialmente beneficiarios de la gracia.

II.- Por su amplitud.

III.- Por la modalidad de su otorgamiento.

IV.- Por el solicitante.

V.- Por el momento de su concesión.

7.- ACTOS PREPARATORIOS A LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE INDULTO

A) En relación al indulto de iniciativa particular.

B) En relación al indulto de iniciativa judicial.

C) En relación al indulto de iniciativa fiscal.

D) En relación al indulto de iniciativa del jurado.

E) En relación al indulto de iniciativa gubernativa.

F) En relación al indulto de iniciativa penitenciaria.

8.- DEL PROCEDIMIENTO DE INDULTO

A) Iniciación.

B) Instrucción.

a) Informe de conducta del penado (o condenado).

- b) Audiencia de la parte ofendida.
- c) Audiencia del Ministerio Fiscal.
- d) Informe del Órgano Sentenciador.

C) Decisión.

I.- Especial tratamiento del Real Decreto de Indulto.

- a) La forma que han de adoptar las denegaciones de la gracia.
- b) La tácita exigencia de motivación de las resoluciones de indulto.

1ª) La voluntad del legislador.

2ª) La aplicación subsidiaria del artículo 54.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

3ª) La aplicación supletoria de la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición.

4ª) El deber de motivación por vía de la extensión del artículo 14 de la Constitución Española.

5ª) La motivación de la gracia como presupuesto cualificado del preciado control.

II.- La tramitación por turno preferente.

- A) Los expedientes de indulto que se forman al amparo del párrafo 3º del artículo 4 del Código Penal, cuando los

informes del Ministerio Fiscal y del Establecimiento Penitenciario y del ofendido, en su caso, no se opusieran a la propuesta del Tribunal.

B) Los expedientes de indulto calificados de especial urgencia o importancia.

9.- LOS EFECTOS DEL INDULTO PARTICULAR

A) La extinción total o parcial de la responsabilidad criminal.

B) El indulto de la pena principal llevará consigo el de sus accesorias.

a) Penas accesorias de “inhabilitación para cargos públicos y/o derechos políticos”.

b) “Pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad”.

C) Los efectos de la conmutación de penas.

D) La pena pecuniaria o de multa.

E) La responsabilidad civil.

F) Las costas procesales.

G) El indulto condicional.

H) La irrevocabilidad de la concesión de indulto.

I) La renunciabilidad del indulto por el indultado.

- J) El suprimido efecto de las consecuencias del destierro.

- K) El posible efecto suspensivo en la ejecución de la pena por la solicitud de indulto.
 - a) Suspensión de la ejecución de la pena por dilaciones indebidas.
 - b) Suspensión de la ejecución de la pena ante la posible inoperancia del indulto.
 - 1. Las penas de corta duración.
 - 2. Las penas de ejecución instantánea.

10.- LA APLICACIÓN DEL INDULTO

CAPÍTULO CUARTO: DEL CONTROL DEL INDULTO PARTICULAR

1.- EL CONTROL POLÍTICO DEL INDULTO

2.- LA OPORTUNIDAD DEL SISTEMA DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS CONTRA LOS ACTOS DICTADOS EN EL EJERCICIO DE LA GRACIA DE INDULTO

3.- EL CONTROL JUDICIAL DEL INDULTO PARTICULAR

- A) De la impugnación judicial del acto que pone fin al procedimiento administrativo de indulto.

- B) El control de la motivación del indulto como garante de derechos y principios constitucionales.

C) Especial referencia al “caso Gómez de Liaño”.

CONCLUSIONES

ANEXO JURISPRUDENCIAL

ANEXO BIBLIOGRÁFICO

ABREVIATURAS

ATC: Auto del Tribunal Constitucional
ATS: Auto del Tribunal Supremo
BverfG: Bundesverfassungsgericht
BverfGE: Entscheidung des Bundesverfassungsgericht
CE: Constitución Española
CGPJ: Consejo General del Poder Judicial
CP: Código Penal
GVG: Gerichtsverfassungsgesetz
LECrIm: Ley de Enjuiciamiento Criminal
LFB: Ley Fundamental de Bonn
LI: Ley por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto
LJCA: Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa
LO: Ley Orgánica
LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTG: Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
RD: Real Decreto
REDC: Revista Española de Derecho Constitucional
SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial
STC: Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
StPO: Strafprozeßordnung
STS: Sentencia del Tribunal Supremo
TC: Tribunal Constitucional
TS: Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

Con inmensa inquietud y profundo respeto nació mi interés por el estudio de aquellos institutos que insoslayablemente connotados, definidos e incluso en parte regulados por el inexcusable influjo de una larga tradición histórica han sobrevivido al sistema de garantías, de separación de poderes, de reconocimiento de derechos fundamentales, de soberanía popular consagrado por la Constitución Española de 1.978.

Instituciones como la gracia que han devenido en la inaplazable necesidad de perfilar sus contornos, confirmar sus fines y especialmente someter su ejercicio al irrenunciable e inderogable control de su legalidad.

Este último aspecto, desde mi consideración, el más falto de tratamiento, el más inejecutado, donde los vestigios de un precedente absolutista irrumpen con más presencia y contundencia, se fue erigiendo en causa que motivó la decisión de acometer este trabajo.

Mis primeros acercamientos al estudio de la gracia surgen tras la lectura de diversos artículos publicados en diferentes periódicos de difusión a raíz de la concesión de 1.443 indultos particulares otorgados por el Gobierno el día 1 de diciembre de 2.000, así como de los editados con objeto del, en cualquier caso, controvertido indulto al Magistrado Gómez Liaño. Originario interés que, tras mis primeras conversaciones mantenidas con la Profesora Rodríguez Bahamonde y sus inestimables y siempre valiosas aportaciones, se fue tornando en la decisión firme de acometer un estudio pormenorizado del instituto de la gracia.

Posteriormente y encauzado ya en tan tosca y al tiempo apasionante travesía, y enredado en el seno de la eterna discusión acerca de la oportunidad o inoportunidad de la institución de la clemencia en el marco de un Estado Democrático de Derecho, sumergido así en los argumentos esgrimidos por sus fieles partidarios y por sus enérgicos detractores, pude vislumbrar entonces, y aun hoy lo sostengo, el control del ejercicio de tan alta y trascendente prerrogativa como el ámbito donde confluyen y se residencian gran parte de las respuestas a tan latentes controversias.

Así fue, prácticamente en los albores y primeros retazos de este trabajo, cuando evidencié su título y objeto; quizá también inspirado por la habida confrontación entre aquellos que basándose en una efímera e insustancial especialidad del instituto, defienden y legitiman un ejercicio caprichoso, arbitrario e incontrolado del mismo, reflejo de sistemas absolutistas, desde antaño superados y del todo incompatibles con el sistema actual, y aquellos, y entre ellos quien suscribe, que se empeñan por adaptar inexcusablemente el instituto del indulto a los principios y directrices del Estado Constitucional de Derecho, otorgando al Gobierno el ejercicio de una facultad discrecional bajo la observancia de elementos reglados y siempre controlada.

La prerrogativa de gracia, en su manifestación de indulto particular, precisa inexcusablemente del control de la legalidad de sus actos so pena de quedar desnaturalizada e injustificada en el marco de un Estado Constitucional de Derecho. Sistema de control que en la actualidad presenta, desde mi consideración, cualificadas deficiencias y debilidades, realidad que ha sido palmariamente puesta de manifiesto tras la concesión de determinados indultos especialmente conflictivos y paradigmáticos.

En el Capítulo Primero quedan expuestos los antecedentes y la evolución histórica de la prerrogativa de gracia, institución que resulta contemporánea a las más primigenias formas de civilización y de organización política. Da comienzo el Capítulo con las primeras manifestaciones realmente constatables de la gracia que se remontan a los Libros Sagrados de la India, para proseguir con el estudio de la prerrogativa de gracia ostentada por los

reyes de Israel, sus manifestaciones en el Antiguo Egipto, en Grecia, sus reflejos en el Derecho Romano, en el derecho de los pueblos bárbaros,...

Se pone especial hincapié en el Fuero Juzgo, en el que se pueden atisbar los primeros reflejos de la clemencia en el derecho positivo patrio; seguidamente el Fuero Real y las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio, donde la gracia se concibe como un sentimiento de piedad espontáneo del Rey.

Posteriormente y en relación a una prerrogativa de gracia regia más acotada y delimitada, de motu propio por el Monarca o bien por imperativo de las Cortes, se hace referencia a su impronta en las Ordenanzas de Castilla, la Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación. Como primera disposición del siglo XIX sobre la gracia, el Reglamento de 26 de marzo de 1.805 aplicado al Presidio de Cádiz, trasgresor a su tiempo en cuanto intenta adecuar la pena al comportamiento del penado; dos años después, el Reglamento de 1.807 que establece el régimen de presidios posteriores y derivados del anterior de Cádiz.

Para finalizar este primer epígrafe del primer capítulo se entiende la relevancia de explicitar minuciosamente los caracteres de la prerrogativa de gracia en el marco de los sistemas absolutistas, contexto donde la facultad adquiere su mayor expansión, donde la arbitrariedad del monarca se convierte en la norma que previene su ejercicio y donde se impregna de determinados rasgos definidores que le han sido inherentes hasta nuestros días y cuya adaptación e incluso supresión se hace inaplazable a los efectos de la propia supervivencia de la institución en el seno de un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro.

En el segundo de los apartados del Capítulo Primero se hace un recorrido histórico concretado a la regulación de la prerrogativa de gracia en las diferentes Constituciones y textos normativos aprobados durante la etapa del constitucionalismo histórico español.

Comenzando así con una exposición de los caracteres de la prerrogativa de gracia irrogados por el Estatuto de Bayona, siguiéndose de la regulación

contenida en la Constitución de Cádiz de 1.812, primer texto constitucional español que da cabida a la institución de la gracia, lo dispuesto en el Código Penal de 1.822, la Real Orden de 1.830, la Ordenanza General de Presidios del Reino de 1.834, el Estatuto Real de 1.834, la Constitución de 1.837, de 1.845, de 1.856, el Real Decreto de 1.866, la Constitución de 1.869 y, en ese marco constitucional, la Ley de 18 de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, aún en vigor; continúa la exposición con la previsión constitucional expresa de la gracia de indulto contenida en la Constitución de 1.876; la inclusión de la misma por la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1.882, al igual que en la actual, como artículo de previo pronunciamiento; el revolucionario régimen regulador instaurado con la Segunda República Española a través del Decreto de 14 de abril y la Constitución de 1.931, donde por primera vez en la historia del constitucionalismo español se atribuye la facultad general de conceder indultos particulares a un órgano del poder judicial; la regresión a la gracia como manifestación de la omnipotencia del Jefe del Estado y sin más cotas que las libérrimamente determinadas por la arbitrariedad indiscriminada de su titular, operada durante los años del régimen franquista; así, para concluir con el régimen vigente consagrado tras la aprobación de la Constitución Española de 1.978, donde se eleva a rango constitucional el instituto, en su forma de indulto particular, atribuyendo dicha facultad al Monarca y sometiendo su ejercicio a lo dispuesto en la Ley, se proscriben expresamente los indultos generales y se omite cualquier referencia a la amnistía.

En el Capítulo Segundo, dedicado al estudio de la gracia en el derecho comparado de nuestro entorno jurídico-cultural más próximo, he tratado de exponer someramente los aspectos que, desde mi consideración, resultan más relevantes de las diversas regulaciones, bien por su heterogeneidad respecto a nuestro sistema, bien por cobijar posibles cauces por los que acometer con satisfacción el inacabado proceso de adaptación de la gracia de indulto al Estado Constitucional de Derecho.

La prerrogativa de gracia en Francia, atribuida al Presidente de la República, se caracteriza por su escasa regulación, apenas algunas circulares

y normas consuetudinarias nacidas de la costumbre conforman su régimen jurídico. Como notas de contraste con nuestro sistema de gracia, encontramos, entre otras, la indubitada indisponibilidad por el beneficiario al beneficio, quedando así descartada *a priori* cualquier posibilidad de renuncia al indulto por el indultado; así como la ausencia de cualquier atisbo de control jurídico, e incluso político, al acto de gracia presidencial.

El siguiente apartado tiene por objeto el estudio de las singularidades y rasgos definitorios de la prerrogativa de gracia en el ordenamiento italiano, facultad indubitadamente atribuida al Presidente de la República.

El tercero de los apartados nos acerca a un sistema de gracia en Alemania caracterizado por las peculiaridades propias de una República Federal, significándose así una prerrogativa de gracia atribuida al Presidente de la Federación, siendo susceptible de ser delegado su ejercicio en otras autoridades, y la previsión constitucional que estable la posibilidad de que los Länder puedan asumir la potestad de indulto en el ámbito de sus respectivas competencias, atendiendo en todo caso a los límites impuestos por el Código Procesal Alemán (StPO).

El cuarto y último de los apartados tiene por objeto el estudio de las diversas manifestaciones de la gracia en EEUU y Reino Unido, Estados de derecho anglosajón, donde se han advertido las dificultades propias de acometer el estudio de la regulación del instituto en sendos ordenamientos de derecho eminentemente consuetudinario. En el primero de ellos, se significa una prerrogativa de gracia constitucionalmente atribuida al Presidente de los Estados Unidos y referida a la facultad de remisión de penas derivadas de la comisión de delitos federales, así como la posibilidad del ejercicio de la prerrogativa de gracia por parte de los Gobernadores de los diferentes estados federados en el ámbito de sus respectivas competencias. Por su parte, en Reino Unido se significa una prerrogativa de gracia atribuida a la Reina, quien no solamente es el Jefe de Estado, sino que, por ley, ostenta además los cargos de Jefe del Ejecutivo, parte integrante del Poder Legislativo o Jefe del Poder Judicial, entre otros.

El Capítulo Tercero, sin duda el más extenso, se ocupa del desarrollo del régimen jurídico de la gracia, en su manifestación de indulto particular, en el ordenamiento jurídico español; en primer lugar, la controvertida labor de fijar su concepto y extensión, seguida de la no menos controvertida tarea de delimitar su naturaleza jurídica, aspecto escasamente abordado por la doctrina científica y que entiendo de especial trascendencia y de estrecha conexión con el oportuno control de la legalidad de sus actos; en el tercero de los apartados se abordan los fundamentos del indulto particular, concretamente los fines a los que ha de estar orientado su ejercicio, así como las desviaciones que deslegitiman su recurso; en el siguiente apartado se significan los presupuestos del instituto en relación al beneficiario, en relación al delito del que trae causa la pena objeto de indulto, en relación a la pena objeto de indulto, así como en relación a terceros, con una especial referencia al denominado “indulto anticipado”.

Por su parte, las causas o motivos de indulto particular quedan consignados, sin ánimo de exhaustividad dado su eminente carácter abierto, en el apartado quinto, refiriéndome a cuatro supuestos que, a modo de precedente, se han ido constituyendo en causas que suelen o pueden fundamentar la concesión de la gracia, así: la vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, con referencia a las dilaciones que no alcanzan el rango de indebidas; la vulneración del principio de proporcionalidad de la pena; el cambio de doctrina jurisprudencial; y la pena natural.

En el apartado sexto se establecen las diferentes clasificaciones de indulto, atendiendo a diversos criterios, tales como: la individualidad o pluralidad de los sujetos potencialmente beneficiarios de la gracia, su amplitud, la modalidad de su otorgamiento, el solicitante o el momento de su concesión.

Encuentra sentido el apartado séptimo habida cuenta la especialidad de los actos preparatorios a la iniciación del procedimiento de indulto atendiendo fundamentalmente al solicitante de la gracia. Así, se exponen separadamente

los actos preparatorios a la iniciación del procedimiento de indulto instado a iniciativa particular, a iniciativa judicial, fiscal, del Jurado, del Gobierno y a iniciativa penitenciaria.

Enlazándose con el apartado anterior, se explicitan en el apartado octavo las singularidades y devenires del procedimiento de indulto, con especial referencia a la instrucción y resolución del expediente. Asimismo, se reserva un epígrafe, por título “Del Real Decreto de Indulto”, donde se abordan aspectos tan relevantes como la motivación de los actos que ponen fin al procedimiento de indulto o la forma de los actos por los que desestima la solicitud de gracia, entre otros; quedando asimismo consignadas diversas proposiciones de *lege ferenda*.

En el apartado noveno, dedicado a los efectos del indulto particular, se aborda en once epígrafes, la extinción de la responsabilidad criminal, la extensión del indulto de la pena principal a la pena accesoria, los efectos de la conmutación de penas, las peculiaridades del indulto de pena pecuniaria o de multa, la responsabilidad civil derivada de la comisión de un hecho delictivo cuya pena ha sido objeto de indulto, las costas procesales, el indulto condicional, la irrevocabilidad de la concesión de indulto, la renunciabilidad del indulto por el indultado, el suprimido efecto de las consecuencias del destierro y el posible efecto suspensivo de la ejecución de la pena por la solicitud de indulto.

El apartado décimo, y último del Capítulo Tercero, refiere a la aplicación del indulto por parte del Tribunal sentenciador.

El Capítulo Cuarto constituye el objeto central de estudio y da título al presente trabajo de investigación. Es quizás el control de legalidad de los actos de indulto uno de los aspectos de la prerrogativa menos explorado y carentes de tratamiento y en el que siempre entendí, desde mi particular consideración, reside la verdadera garantía del ejercicio de la gracia. Es precisamente la realidad de un deficiente e ineficaz sistema de control lo que ha evidenciado más que puntuales manifestaciones abusivas del ejercicio de la

prerrogativa, y, consecuentemente ha propiciado el latente debate acerca de la inoportunidad de la gracia; instituto que, provisto de las debidas garantías, controlando eficazmente su ejercicio, estrechamente vinculado a los fundamentos que lo justifican, puede servir al más noble fin, tal cual es la realización de la justicia al caso concreto.

Tras una breve introducción, se refiere al control político del indulto; tanto al efectuado por el Parlamento como órgano, como al efectuado en el Parlamento como institución; así como la consideración de la llamada responsabilidad política del Gobierno.

Seguidamente se dedica un epígrafe a la oportunidad de impugnar, a través del sistema de recursos administrativos, los actos dictados en el ejercicio de la gracia de indulto; posibilidad que quien suscribe, y en el plano de una consideración estrictamente personal, entiende del todo viable.

Para terminar el Capítulo, el epígrafe dedicado al tratamiento del control judicial del indulto, que se subdivide en los siguientes apartados: en primer lugar, de la impugnación judicial del acto que pone fin al procedimiento de indulto; en segundo lugar, el control de la motivación del indulto como garante de derechos y principios constitucionales; y, en tercer y último lugar, una especial referencia al denominado “caso Gómez de Liaño” por su enorme repercusión y por constituir un caso paradigmático que, entiendo, ha puesto de especial relieve las debilidades y deficiencias del sistema de indulto y particularmente del sistema de control de su ejercicio.

Se cierra el presente trabajo de investigación con diversas conclusiones extraídas de cada capítulo y consignadas y extractadas al final del mismo, siguiendo así las pautas normalizadas para tesis doctorales; conclusiones que son completadas con los anexos jurisprudencial y bibliográfico.

Con sentido propósito de enmienda y extendida mi disculpa por lo que de inexperiencia, desacierto y vehemencia hayan nutrido mis palabras, reflexiones y conclusiones, abro la puerta de este, para mi, intenso y largo viaje

que me ha supuesto el enriquecedor encuentro con el generoso e ilustre pensamiento de los grandes, la gratificante sensación de la interna y eterna discusión, la desinteresada invitación a la inagotable fuente del conocimiento, a la inmensidad de lo concreto, a la trascendencia del matiz.

CAPÍTULO PRIMERO:

ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

1.- ANTECEDENTES REMOTOS:

Se dice de la existencia casi inmemorial de la gracia, que la gracia, el perdón, la clemencia es contemporánea al delito.

Tenemos constancia de la gracia como institución de larga presencia histórica, pero aun no manifestándose en forma de institución, la gracia como renuncia o excepción al ejercicio de poder por su titular o simple perdón, la podemos situar en las más primitivas formas de civilización u organización política, denotando la clemencia concentración de poder político.

Encontramos el indulto en los Libros Sagrados de la India en cuanto se atribuye al Rey la facultad de modificar las sentencias de condena, también encontramos tal facultad entre las prerrogativas de los reyes de Israel, consecuentemente el Rey podía anular las condenas y sustituir unas penas por otras.

En el Antiguo Egipto existía la conmutación de penas, Diodoro de Sicilia nos dice que Atisano Rey de Egipto conmutó la pena de muerte a que condenó a unos salteadores de caminos para la relegación o deportación a una comarca desierta¹.

¹ DORADO MONTERO, P., El Derecho Protector de los Criminales, T. II, Libre G. Victoriano Suárez. Madrid, 1945. pp. 339 y 340.

Del ejercicio de la gracia en Grecia nos da testimonio el término amnistía, de ascendencia helénica y regulada en la llamada *Ley del Olvido*²; el mismo pueblo, titular de la Soberanía, reunido en Asamblea, ejercía el derecho de gracia a favor de los acusados o de aquellos a quienes se había impuesto condena, de aquí que el origen de la palabra amnistía sea griega expresándose en ella la indulgencia penal bajo la palabra “olvido”³.

2.- DERECHO ROMANO:

Con relación al pueblo romano, no hay entre los autores perfecta unanimidad. Dicen algunos que la intervención de un poder extraño a la administración de la justicia en el círculo de la represión penal, para la anulación o la modificación de sentencias, parece no haber sido practicada en la Roma de los reyes y en la republicana⁴.

Otros, los más, afirman que aún en el Derecho Romano antiquísimo el pueblo soberano ejercía el supremo derecho de gracia⁵ y que la primera manifestación de este modo de extinguirse la acción penal y la condena fue la “*provocatio ad populum*”, de la cual se hizo uso desde bien pronto durante el período de los reyes⁶.

² Que Trasíbulo hizo votar a los atenienses una vez expulsados “los treinta tiranos”.

³ PESSINA, E., Elementos de Derecho Penal. Trad. H. González del Castillo. Ad. de Aramburu, F., Tercera Edición, anotada y adicionada por Cuello Calón. E, Madrid, 1929, pp. 430.

⁴ MANZINI, V., Trattato diritto penale italiano, Cuarta Ed. Vol. 1.III, Torino, 1.961, pp. 397.

⁵ PESSINA, E., op. cit., pág. 442.

⁶ MONNSEN, T., Derecho penal romano, Trad. Española T.I. Libro II, cap. III, pp. 178 y ss. y Libro III, cap. XXII, párr. sexto, pp. 452 y ss.

Durante la República, la *“restitutio in integrum”* y mas tarde la *“restitutio damnatorum”* que, remitían la pena y los demás efectos de la condena, *“ac si iudicium non fuisset”*, tomaban la forma de ley votada por el pueblo en los comicios.

Establecido el Imperio, por Augusto, fue evocado el poder de gracia que, con el apoyo del senado, se fue haciendo cada vez más absoluto y más completo; poder manifestado mediante la *“indulgentia principis”* la cual *“poenae gratian facit”* y podía ser *specialis* y *generalis*, mediante la *“abolitio pública”*, formas que corresponden sustancialmente a la gracia o al indulto particular y al indulto, referido al general, y a la amnistía. Las dos primeras consistían en la antigua *“restitutio integrum”*, la tercera implicaba la extinción de la acción penal pendiente, y podían realizarse, *publice, privatum y ex lege*^{7.8}

3.- EDAD MEDIA:

En el régimen feudal, la prerrogativa de gracia es compartida por el Monarca, los grandes señores y las municipalidades⁹, titulares todos ellos del *ius puniendi*.

⁷ MONNSEN, T., op. cit., p. 436.

⁸ Por su parte, en el derecho de los pueblos bárbaros tuvo poca aplicación el derecho de gracia, que quedó como una facultad residual del Monarca para los supuestos de reos condenados por delitos cometidos contra su persona y familia y por delitos de carácter público, pues el Rey no podía indultar por delitos privados (que eran la mayor parte), sin el consentimiento de aquellas personas a quienes correspondía el derecho de ejercitar la venganza o la compasión; al respecto, FERRINI, E., *Diritto penale romano*. Torino, 1.925. Cáp. IX, p. 324. Pero en cambio, apunta DORADO MONTERO, ese poder era limitado con respecto a los delitos contra la persona del príncipe o a los delitos públicos en general, si bien para donar estos últimos era a veces necesario el consentimiento de la Dieta; DORADO MONTERO, P., op.cit., p. 418. Así continuaron las cosas aun bajo Carlomagno, si bien el poder de gracia quedó más centralizado.

⁹ LINDE PANIAGUA, E., *Amnistía e Indulto en España*, Ed. Tucar Ediciones, Madrid, 1.976, p. 29.

Durante la Edad Media, la gracia fue un recurso frecuente, surgiendo costumbres extrañas que hacían depender su concesión aun de circunstancias fortuitas¹⁰.

En el siglo XII se encuentran ejemplos claros de algunas amnistías en las “cartas de abolición general” que otorgaban los Reyes para borrar singularmente crímenes de Majestad, rebeliones y motines populares.

Con el renacimiento del derecho romano, el derecho de gracia y el de abolición se fueron concentrando en los reyes, sosteniendo los intérpretes que sólo en odio a algunos delitos graves (homicidio, adulterio, blasfemia e idolatría) debía el príncipe abstenerse de perdonar.

En el período de las monarquías absolutas y de derecho divino, se desarrolló y aplicó enteramente esta doctrina: los reyes, que concentraban en sus manos tanto el poder judicial como el legislativo, indultaban cuando y como lo tenían por conveniente, sin conocer grandes limitaciones al efecto; ejercían, ya sus facultades de *indulgentia specialis*, o indulto particular, ya las de *indulgentia generalis* o *communis*, es decir el indulto general, aprovechando para concederlo ciertas fiestas u ocasiones solemnes, sobre todo, cuando las familias reales tenían algún motivo, aun privado, de regocijo (bodas, bautizos, mayoría de edad,...)¹¹.

Es evidente que al ser la institución de la gracia una institución, fundamentalmente, histórica, gran parte de su naturaleza, contenido, estructura y fines viene determinada en la propia historia.

¹⁰ “Así, v. gr. de la circunstancia de que una meretriz pidiera por esposo al condenado a muerte, o que un cardenal le hubiese puesto su propio capelo, o que se hubiese roto la soga que servía de instrumento para la ejecución,...”; DORADO MONTERO, P., op.cit., pág. 418.

¹¹ DORADO MONTERO, P., idem, pág. 419.

4.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA EN ESPAÑA: DESDE EL FUERO JUZGO AL REGLAMENTO DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 1.807:

Los primeros reflejos de la clemencia en el derecho positivo patrio se remontan al siglo XIII con el Fuero Juzgo¹²; Fuero Juzgo que constituye el Código de leyes elaborado en Castilla en 1.241 por Fernando III y que es la traducción del *Liber Iudiciorum* del año 654, promulgado en la época visigoda. Destáquese de aquel Ordenamiento en relación a la “merced” por una parte, el quedar limitada su ejercicio a los supuestos de reos condenados por delitos cometidos contra el Príncipe o la tierra y, por otra, la necesidad de que el Príncipe se ilustre, previamente a su decisión de graciarse, por un “consejo de sacerdotes” y por los “maiores de su corte”¹³.

Con el Fuero Real, promulgado en 1.254 por Alfonso X el Sabio, se trata de poner fin al libre albedrío judicial, causante de muchos males de Castilla. El Rey se arroga para sí la potestad legislativa y se convierte en fuente creadora de derecho. Se recogen preceptos sobre el perdón, muy expresivos en cuanto a su concepto, así decía que el perdonar la pena al reo es algo que hace el Rey si quiere, a lo que puede moverle su piedad o merced (Fuero Real 1, 2, 1)¹⁴. Destáquese del Fuero Real que jamás llegó a ser derecho castellano propiamente dicho, sino un fuero que se concedió por el Rey a diversas ciudades, según su libre criterio, en general para el beneficio del comercio de las mismas y para asentar el poder de la Corona frente al feudalismo de la

¹² Clemencia que se manifiesta con el término “merced”. La Ley 13ª de su Título Preliminar establece: “En todos los estavlecimientos que de suso diximos, guardamos el poder al príncipe, que segundo sua piedat... hu allar algunos omnes que se quierant enmendar, que aya mercet dellos”. Y por su parte su Ley 7ª, Título I, Libro VI dispone: “Quando a nos ruega por algún omne que es culpado de algún pecado contra nos, bien queremos oyr a los que nos ruegan, e guardamos por nuestro poder aver les mercet. Mas si algún omne fizo algún malfecho contra muerte de Rey o contra la tierra, nos queremos que ninguno nos ruege por ellos. Más si el princip los quiere aver mercet por su voluntad o por Dios, fágalo con consejos de sacerdotes e de los mayores de su corte”.

¹³ LINDE PANIAGUA, E., op.cit., p. 29.

¹⁴ SOBREMONTA MARTÍNEZ, J.E., *Indultos y Amnistía*, Colección de Estudios, Instituto de Criminología y Departamento de Derecho de Penal, Universidad de Valencia, 1.980, pp. 4 y ss.

época. Localidades como Peñafiel, Santo Domingo de la Calzada, Béjar, o la propia Madrid lo recibieron en su condición de derecho local únicamente.

En relación a Las Siete Partidas, la tercera de las tres primeras leyes del Título XXXII, con la rúbrica “De los Perdones”, de la Partida Séptima, queda referida a “que departimiento hacen entre sí, Misericordia e Merced e Gracia”, según su texto, la misericordia consiste en el perdón otorgado por espontáneo sentimiento de piedad del Rey¹⁵. Se plantea en Las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio (1.256 a 1.265), el problema de la terminología, la merced es el acto de perdonar por servicios prestados al Rey. Gracia no es perdón, sino concesión gratuita y voluntaria “como manera de galardón hecha por el Rey”. Asimismo, los efectos para el reo son idénticos cuando el perdón de la pena se haya concedido como misericordia, merced o gracia; sin embargo esa distinción fijada por Las Siete Partidas, se refieren al perdón en general sin especificar, y sin indicios de que se den esos caracteres que parecen distinguirlos, distinción, por ende, que nunca produjo efectos y cayó en desuso¹⁶. La clemencia en esta época es competencia no sólo del Monarca sino también de los nobles y señores (co-titulares de *ius puniendi*); clemencia que no podía beneficiar a reos pendientes de juicio o condenados por delitos de alevosía y traición, ni se debía conceder con perjuicio de tercero. Los perfiles que nos muestra la clemencia en las Partidas van a permanecer a lo largo del tiempo. Se refiere expresamente a la clemencia general y a la clemencia particular o indulto particular; si bien de una rápida lectura parece desprenderse la limitación de que sólo puede conceder indultos particulares el rey, sin embargo, esta apreciación parece inexacta, por cuanto si nobles y señores pueden conceder indultos generales, no tiene sentido que tengan limitado el conceder indultos particulares¹⁷.

¹⁵ GIMENO GÓMEZ, V., La gracia de indulto, en Revista de Derecho Procesal Iberoamericano, nº 4. Madrid, 1.972, pp. 887 á 927.

¹⁶ SOBREMONTA MARTÍNEZ, J.E., op. cit., pp. 6 y 7.

¹⁷ En este sentido, LINDE PANIAGUA, E., op.cit., p. 30.

En Las Siete Partidas se distingue la clemencia por sus efectos según el beneficiario sea un delincuente pendiente de juicio o un condenado, produciendo en el primer caso la extinción no sólo de la pena sino de la responsabilidad penal¹⁸ y, en el segundo, la extinción de la pena corporal o de privación de libertad, no extendiéndose a las penas subsidiarias ni a la responsabilidad penal contraída.

Posteriormente se van disponiendo un incremento de las limitaciones a la facultad regia de graciarse, impuestas ora de motu proprio por el Monarca ora por imperativo de las Cortes, interesadas en recortar o al menos controlar los poderes del Rey; así se llega a establecer la necesidad de que los reos susceptibles de beneficiarse de la gracia hayan sido previamente condenados por sentencia firme, siendo claros ejemplos de lo expuesto las Disposiciones de Fernando IV en 1.310 y de Carlos I en 1.518¹⁹.

En las Ordenanzas de Castilla de 1.484, obra del Doctor Díaz de Montalvo por encargo de los Reyes Católicos, se regulan los perdones en siete leyes, contenidas en el Título XI, Libro I.

La Nueva Recopilación, promulgada por Felipe II en 1567, dedica a los perdones algunas de las Leyes del Título XXV del Libro VIII.

La Novísima Recopilación, promulgada por Carlos IV en 1.805, incluye en su Libro XII, Títulos XXXI, XL y XLII la mayoría de las disposiciones sobre los perdones a que se refieren las Ordenanzas de Castilla y la Nueva Recopilación. El Título XXXI, referido a las “visitas de cárceles y presos”, prohíbe en la Ley XII la conmutación de la pena de galeras²⁰ por otra alguna; el Título XL trata “De las penas corporales, su conmutación y destino de los reos”,

¹⁸ “*Como los auian ante, fueras ende quanto a la fama de la gente, que gelo retraerán manguer el Rey lo perdone*”.

¹⁹ LINDE PANIAGUA, E., op. cit., p.32.

²⁰ Al respecto de la pena y servicios de galeras, véase SEVILLA SOLANA, F., en Historia Penitenciaria de España. La galera. Apuntes de archivo, Segovia, 1.917.

y en el Título XLII aparece la clemencia como facultad regia, en su expresión “De los indultos y perdones reales”; los indultos, rebajas, conmutaciones y alzamientos de cláusulas de retención deberían concederse por el Rey o con su autorización por Audiencias, Chancillerías o Consejo.

Sin embargo, no hay que olvidar que ya en el Ordenamiento de las Cortes de Briviesca de 1387, Juan I intenta centralizar en el Rey la potestad de clemencia, basándose en el abuso, en la utilización excesiva, “*porque de facer los perdones de liguero se sigue tomar los omes osadía para facer mal*”; y en su virtud, Juan I ordenó la no concesión de perdones y que estos sólo fueran válidos cuando estuvieran firmados y sellados por el Rey y, que además sólo alcanzase el perdón al contenido de la carta en que se otorgaba. Por otra parte, ordenaba Juan I que no se dieran perdones generales.

La primera disposición del siglo XIX sobre la gracia es el Reglamento de 26 de marzo de 1.805 aplicado al Presidio de Cádiz, que posteriormente fue suprimido, en el que se contiene un sistema de rebaja o reducción de condena. En su preliminar, Capítulo IV, regula dichas concesiones estableciendo que “los cabos (de vara) tendrán la rebaja anual de cuatro meses y la de dos meses los cuartereros, cuyos abonos deberán sólo tener efecto siempre que por su constante buena conducta se les continuase en sus encargos hasta cumplir sus condenas”. Destaca LINDE PANIAGUA²¹, el carácter avanzado de esta disposición, en que se trasluce el intento de adecuar la pena al comportamiento del penado, lo que en la actualidad se llama *valor educativo de la condena o personalización de la pena*²².

²¹ LINDE PANIAGUA, E., op. cit., p.33.

²² Así se preceptuaba en el Preliminar del capítulo IV: “Los cabos (de vara) tendrán la rebaja anual de cuatro meses y la de dos meses los cuartereros, cuyos abonos deberán sólo tener efecto siempre que por su constante buena conducta se les continuase en sus encargos hasta cumplir sus condenas”. Fíjese la configuración del perdón con cierta naturaleza de beneficio penitenciario, y donde la reunión de determinados presupuestos tasados parecen vincular en gran medida el acto de concesión, donde la facultad del concedente se aproxima algo más al derecho del peticionario o sujeto del beneficio.

El Reglamento de 12 de septiembre de 1.807 que regula el régimen de presidios posteriores y derivados del suprimido de Cádiz²³, tiene un contenido semejante al de aquel, precisándose que las rebajas de condenas a cabos y cuarteros no tendrán efectos y serán nulos “cuando por algún delito grave, vicio o ineptitud, haya que separarlos de sus comisiones”.

5.- LA CRÍTICA DE LA ILUSTRACIÓN:

Es de destacar que es en el Estado Absolutista cuando la gracia alcanza su mayor consideración, en cuanto manifestación consustancialmente ligada y actualmente heredada de sistemas de poder absoluto. El Barón de Montesquieu considera el derecho de gracia como “el más bello atributo de su soberanía”²⁴. Por su parte, BODIN²⁵, identifica la soberanía con la suprema autoridad, definiéndola como “el poder absoluto y perpetuo de una República”, entendiendo por República “un justo gobierno de muchas familias y de lo común a ellos con suprema autoridad”. En cuanto a los caracteres sustantivos de la soberanía: perpetua y absoluta, el primero designa un poder no sometido ni a condiciones ni a ningún tipo de autoridad. Para BODIN, los “derechos” reservados a la soberanía son:

- 1) Dar ley a todos en general y cada uno en particular.
- 2) Declarar la guerra o a la paz.
- 3) Instituir (nombrar) a los principales magistrados (funcionarios).
- 4) Apelación en última instancia.
- 5) Otorgar gracia a los condenados, fijación de monedas, pesos y medidas a imponer tributos.

²³ SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, J.E., op. cit., p. 7.

²⁴ MONTESQUIEU, CH. DE SECONDANT, en *Del Espíritu de las Leyes*, (trad. N. Estévanez), Editorial Porrúa S.A., México, DF, 1985, pp. 54 y 55 (Libro VI, Cap. V).

²⁵ BODINO, J., *Los Seis Libros de la República*, Ed. CEC, Madrid, 1.992, vol. I, pp. 26 y 148.

En este contexto, apunta ZÚÑIGA URBINA²⁶, no podemos sino estar de acuerdo con HINTZE²⁷: “la soberanía es una categoría histórica, que en la realidad solo puede comprenderse plenamente partiendo de la historia del Estado y del derecho francés”. “La soberanía significa pues el desligamiento del Estado, en cuanto individuo de la sujeción de antiguas relaciones de comunidad, y la transición a una determinación individual. Los presupuestos de esto son la independencia hacia afuera y exclusividad del poder estatal en el interior.... Históricamente, el Estado soberano es, ante todo, un Estado autoritario, cuyo poder está basado en un derecho propio, en contraposición a la teoría de la transmisión del poder por el pueblo que aparece ya en la Edad Media. Estado soberano es “Estado-poder” (Estado absolutista) de ahí la filiación precisa del principio-dogma de la soberanía, que se proyecta con resabios anclado en el principio monárquico especialmente en los institutos de clemencia o gracia: indulto y amnistía”.

Los institutos de clemencia: indulto y amnistía son residuos de poder absoluto subsistente en el Estado Constitucional, inclusive en el proceso racionalizador del poder estatal iniciado por la revolución francesa la “prerrogativa de gracia” en términos generales fue conservada por el Monarca o bien compartida por el Parlamento como acriticamente lo aceptan iuspublicistas como CONSTANT y ROMAGNOSI²⁸.

La prerrogativa de gracia, dada su sustrato monárquico-absolutista y su contenido político, fue objeto de una cerrada crítica a partir de la Ilustración, crítica a la que se suman la Escuela Correccionalista y Positivista. Así el Marqués de BECCARIA en su “Tratado de los Delitos y las Penas” (1764)

²⁶ ZÚÑIGA URBINA, F., Amnistía ante la jurisprudencia (derechos humanos como límite al ejercicio de la soberanía), Revista de Derecho Político, Madrid, 1.996, nº 42.

²⁷ HINTZE, O., Historia de las Formas Políticas (trad, J.Díaz G.), Editorial Revista de Occidente S.A., Madrid, 1.968, pp. 300, 302 y 303.

²⁸ CONSTANT, B., Escritos Políticos, Ed. CEC, Madrid, 1.983, págs. 59 y ss.; ROMAGNOSI, G., La Scienza della Costituzione, 1.849, pp. 62 y 63.

señala: “A medida que las penas son más dulces la clemencia y el perdón son menos necesarios. ¡Dichosa aquella nación en que fueren funestos!. Esta clemencia, esta virtud, que ha sido alguna vez en un soberano el suplemento de todas las obligaciones del trono, debiera ser excluida en una perfecta legislación, donde las penas fueran menores y el método de juzgar arreglado y corriente”. “Pero considérese que la clemencia es virtud del legislador, no del ejecutor de las leyes: que debe resplandecer en el Código, no en los juicios particulares: que hacer ver a los hombres la posibilidad de perdonar los delitos, y la pena no es necesaria consecuencia suya, es fomentar el alhago de las sustancias no perdonadas son más bien violencias de la fuerza que providencia de la Justicia”²⁹.

También KANT, se suma a la crítica de la prerrogativa de gracia, considerando que “el derecho de gracia (*ius aggratiandi*) para el criminal, sea suavizando el castigo o eximiéndole totalmente de él, es el más equivoco de los derechos del soberano, pues si bien prueba la magnificencia de su grandeza, permite, sin embargo, obrar injustamente en alto grado. En lo que respecta a los crímenes de los súbditos entre sí no le corresponde en modo alguno ejercer tal derecho: porque aquí la impunidad (*impunitas criminis*) es la suma injusticia contra ellos. Por tanto sólo puede hacer uso de este derecho en el caso de que él mismo sea lesionado (*crimen laesae maiestatis*). Pero ni siquiera entonces puede hacerlo si la impunidad pudiera poner en peligro la seguridad del pueblo. Este el único derecho que merece el nombre de majestad”³⁰. A BECCARIA y KANT, se suman las críticas de SERVAN, PASTORET, BENTHAM, FEUERBACH y FILANGIERI. A este respecto comenta DORADO MONTERO, “se pretendía acabar con las facultades discrecionales que en el antiguo régimen de monarquía absoluta correspondían sobre todo al soberano, y a someter a preceptos invariables, determinados anticipadamente en las leyes, toda la actividad de los distintos órganos del

²⁹ BECCARIA, C., Tratado de los Delitos y de las Penas, 5ª Ed. Facsimilar, México, D.F., 1.992, pp. 205 y 206.

³⁰ KANT, I., La Metafísica de las Costumbres, Ed. Tecnos, Madrid, 1.989, p. 174.

Estado Oficial. No se quería reconocer otro orden jurídico, sino el orden jurídico del derecho legislador”³¹.

También KIRCHHEIMER, en su notable obra: “Justicia Política”, de manera penetrante destaca: “Las reacciones teológicas y constitucionales en contra del concepto augustiniano-jansenista de la gracia, y el correspondiente privilegio indiscutible del soberano para conceder clemencia, no son sino expresiones de uno y el mismo fenómeno: la busca de seguridad por parte de la clase media.

En el siglo dieciocho esta pugna se caracterizó por el racionalismo del Iluminismo. Entonces se tornó inadmisibile aquella prerrogativa de la clemencia cuya interpretación se basaba en el concepto jansenista, que ponía a Dios como único dispensador de gracia, debida a nadie y distribuida con independencia soberana. En contraste, la doctrina jesuítica del siglo dieciocho entendía la gracia de Dios como recompensa calculable que a Él se le debía. Bajo la crítica de FILANGIERI, BECCARIA y KANT, la clemencia pasó de moda (...) El Código Criminal Francés de 1.791 barrió con la prácticas de clemencia. “Pero la ilusión racionalista de que el legislador omnisciente podía instruir e iluminar al juez lo bastante para evitar cualquier necesidad de consideración ulterior del caso, no sobrevivió a la aparición de Napoleón, y desde entonces se conviene generalmente en que es necesario un procedimiento para otorgar clemencia” (...) “A decir verdad siempre ha existido una lucha intermitente respecto a la última ubicación de la facultad de perdón, con los resultados del conflicto reflejándose en cambiantes asignaciones constitucionales. Algunos países europeos asignan a la legislatura la misión de conceder amnistías generales a todas las categorías de delito o reos, y en cuanto al otorgamiento de perdones individuales, oscilan entre un número de soluciones que abarcan desde catalogar esta facultad como prerrogativa del Jefe del Estado, que debe ejercerse en la forma constitucionalmente prescrita, hasta ponerla a disposición de las mayorías parlamentarias. Resultaría una solución intermedia bastante

³¹ DORADO MONETRO, P., op. cit., pp. 399 a 467.

dudosa colocar el derecho de perdón exclusivamente a disposición de la rama judicial, equipando por ende con una prerrogativa política los miembros de un organismo que se halle totalmente fuera del círculo de la responsabilidad política” (...) Pero cualesquiera que sean los cambiantes principios de asignación, nunca se ha puesto en duda, desde el *intermezzo* racionalista del Iluminismo, la necesidad de un instrumento con el cual corregir debidamente los actos de los tribunales”³². Ciertamente, apunta ZÚÑIGA URBINA³³, que “en el ámbito de los institutos de clemencia, así como en el derecho penal y procesal penal, la obra racionalizada de la revolución francesa no fue completa”.

Los institutos de clemencia: indulto y amnistía, han tenido históricamente un significado y funcionalidad política; por ello al examen teórico microjurídico propio del derecho material donde haya de desplegar sus efectos, debe sumarse un examen teórico macrojurídico que conecte estos institutos con la forma jurídico política de Estado (Estado de Derecho) y con la forma de gobierno.

El significado político de los institutos de clemencia está dado por emanar de “derechos” (prerrogativas) de la soberanía; con independencia del órgano en que quede radicada la prerrogativa. En cuanto a su funcionalidad política, ésta es resultado de que el campo de delitos y penas que comprende son de contenido político o bien sus motivaciones de tal índole, funcionalidad que incluso cierta doctrina y jurisprudencia ha estimado propia de los institutos; pero que nos permite situar a dichos institutos en el campo de la “justicia política”. La “utilización política” de la clemencia puede hacer referencia tanto a específicos móviles del poder político que quiere revalorizarse con concesión, es decir, la clemencia en interés-propio (propio del poder político) como la clemencia en interés ajeno o en interés de la comunidad³⁴.

³² KIRCHHEIMER, O., en Justicia Política (trad. Quijano, R.), UTEHA, México, 1ª ed., 1.968, pp. 434 a 436.

³³ ZÚÑIGA URBINA, F., op. cit., p. 378.

³⁴ ZÚÑIGA URBINA, F., idem, pp. 378 y 379.

Para algunos autores, la clemencia en interés propio del poder político (por ejemplo, el “autoperdón” o “auto-amnistía”), que ha sido utilizada con extraordinaria frecuencia en la historia, es inadmisibles por la arbitrariedad que supone, contraria entre otros, al principio de igualdad; en cambio, para algunos autores la clemencia en interés ajeno o interés de la comunidad debe admitirse y sólo en cuanto tal debe entenderse admisible como instrumento óptimo para la adaptación del Ordenamiento a la realidad. Se llega incluso a plantear la posibilidad de que lo que ayer fue considerado delito puede con el cambio de circunstancias-valores dominantes perder tal carácter de reproche, surgiendo en este caso el peligro de utilizar los institutos de clemencia con fines demagógicos de poder frente a delitos que han perdido su valor social.

En este marco, incluso los críticos de los institutos de clemencia los admiten como instrumentos políticos pacificadores o reajustadores (BENTHAM), cuando no existiendo motivos suficientes para modificar el ordenamiento penal se atempera a nuevas circunstancias o se adapta a nuevas políticas criminales o penitenciarias. Asimismo, junto a la utilización política de los institutos de clemencia se admiten como instrumentos de justicia; como es evitar el cumplimiento de cierta pena, corregir un “error judicial” o bien simplemente ocultar un “sistema penitenciario deficiente”³⁵.

En las disposiciones jurídicas españolas anteriores al período constitucional, la gracia se caracteriza por ser una prerrogativa titularidad del Rey o del Príncipe, que es ejercida como manifestación de un poder absoluto e ilimitado, la gracia, así, es arbitraria y destaca por la ausencia de cualquier elemento reglado en el procedimiento de su concesión. Así el poder de condenar y el poder de no condenar o perdonar.

³⁵ En este sentido ZAGREBELSKY, G., en Amnistía, indulto e gracia. Profili costituzionali, Milano, 1.974, pp. 11 y ss.

6.- LA GRACIA EN LA ETAPA DEL CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO ESPAÑOL:

El Estatuto de Bayona de 1808 disponía en su artículo 112 (comprendido en el Título XI, Del Orden Judicial) que “el derecho de perdonar pertenece solamente al Rey, y lo ejercerá oyendo al Ministro de Justicia en un consejo privado compuesto de los Ministros, de dos Senadores, de dos Consejeros de Estado y de dos individuos del Consejo Real”. Destáquese que el Estatuto carece de un título específico dedicado a regular las facultades del Monarca, característica derivada de la propia naturaleza del mismo, con la Constitución el Rey se autolimitaba, de modo que quedaba vinculado negativamente al texto. En definitiva, las facultades del Rey no eran las que el texto determinaba expresamente, sino todas aquellas que no hubiesen sido objeto de renuncia explícita. El Rey aparecía investido de una extensa potestad normativa, que no sólo comprendía la facultad de dictar reglamentos, sino que acababa convirtiéndolo incluso en auténtico titular de la facultad legiferante. El Estatuto de Bayona, norma emanada del propio Rey, acababa siendo disponible a su voluntad, siendo los límites constitucionales impuestos mas ficticios que reales³⁶.

Será la Constitución de Cádiz de 1812, verdadero envés liberal del Estatuto de Bayona³⁷, el primer texto constitucional español que da cabida a la institución de la gracia³⁸, fijando señas de identidad que la acompañarán en la práctica totalidad de las constituciones que la sucedan, así por una parte su

³⁶ En este sentido, FERNÁNDEZ SARASOLA, I., en La Primera Constitución Española: El Estatuto de Bayona, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2.003, Título de serie: España Estudios, Portales: Constituciones Hispanoamericanas, Sección: Historia, www.cervantesvirtual.com (consultada el 5 de junio de 2.006).

³⁷ Destáquese la desacertada opinión del afrancesado Marchena, quien entiende que la Constitución de Cádiz de 1.812, únicamente se dignifica por lo que copió del Estatuto de Bayona, ABATE MARCHENA, Obras en prosa, Alianza, Madrid, 1.985, p. 198.

³⁸ El artículo 171, apartado 13º, establece como principal facultad atribuida al Rey la de indultar a los delincuentes con arreglo a las leyes.

atribución regia y, por otra parte, su sometimiento a las leyes, son consideraciones originarias de dicha Norma, si bien su mención a *los delincuentes* como los sujetos susceptibles de beneficiarse del indulto podría hacer pensar, y dado que los delincuentes son los responsables penales por hechos tipificados como delito, la voluntad del constituyente de excluir del beneficio de tal gracia a los responsables penales de hechos tipificados como falta³⁹.

En este mismo período entra en vigor el Código Penal de 1.822, decretado por las Cortes en 8 de junio, cuyo Capítulo X de su Título Preliminar tiene por objeto la regulación “De los indultos”. Su artículo 156 extiende tal facultad regia a la concesión de indultos particulares o generales en favor de los delincuentes. Por su parte, el artículo 159 viene a prescribir que “el indulto particular no será jamás un perdón absoluto, o remisión de toda pena, sino una disminución de la señalada por las leyes, conmutándola a voluntad de S.M. en otra pena de las prescritas en este código”. El artículo 160 excluye de la posibilidad de conceder indultos particulares a los reos por delitos de traición contra la seguridad del Estado, contra la Constitución, contra el Rey, la Reina, el Príncipe de Asturias o el heredero presuntivo de la Corona, de rebelión, sedición o conmoción popular, delitos contra la religión, de parricidio o asesinato, entre otros. Asimismo, el artículo 161, proscribía la posibilidad de indultar a los reincidentes.

Posteriormente la Real Orden de 16 de junio de 1.830 vino a prohibir que se concediera a los penados mayor rebaja que la de la tercera parte de la condena “por muchos que sean los motivos que les hagan acreedores de una gracia”. Limitación que se reproduce en la Ordenanza General de Presidios del Reino de 14 de abril de 1.834 en su artículo 305. Los artículos 303 y 304 de la citada Ordenanza autorizaban, respectivamente, a los Jefes de los

³⁹ Con motivo de la aprobación de la Constitución de 1.812 se decretaron dos indultos, uno civil y otro militar, como acto de clemencia nacional derivado de tan notable suceso; manifestaciones de la gracia que no llegaron a alcanzar plenamente los fines perseguidos y que generaron una considerable polémica; indultos que han sido extensamente tratados por FIESTAS LOZA, A., en Los indultos concedidos por las cortes con motivo de la “publicación” de la Constitución de 1.812, Revista de las Cortes Generales, R. 2.613, nº 44, 1.998.

establecimientos penales a proponer rebajas de condenas a los presidiarios que se hicieran acreedores “por su mérito particular o trabajo extraordinario, arrepentimiento y corrección acreditada”. Por otra parte, el artículo 304 establecía como limitación el que “no se propondrá para rebaja a los presidiarios que no hayan cumplido sin nota la mitad del tiempo de condena”.

El Estatuto Real de 10 de abril de 1834, encargo de la Reina Regente Doña María Cristina de Borbón-Dos Sicilias a Don Francisco Martínez de la Rosa y a Don Javier de Burgos, no dedica en sus cinco Títulos precepto alguno a la gracia de indulto.

La Constitución de 1837 reproduce en el apartado 3º de su artículo 47 la formula utilizada en la de Cádiz, con la sola diferencia de que la de indulto no se califica como *facultad*, sino como *prerrogativa*⁴⁰. El artículo 47.3º de la Constitución de 1837 se reproduce íntegramente en el apartado 3º del artículo 45 de la Constitución de 1845. Constitución con un marcado “espíritu transaccional”⁴¹, que en cualquier caso se encontraba más próxima de la de Cádiz que del Estatuto Real de 1.834.

En la Constitución de 1856, establece el artículo 52.10º que corresponde al Rey, entre otras prerrogativas, la de “indultar a los delincuentes con arreglo a las leyes”, prohibiéndose los indultos generales y haciéndose necesaria la “petición de uno de los Cuerpos colegisladores” para que fuera posible indultar a un “Ministro a quien se haya exigido responsabilidad por las Cortes”; es por ende originaria de este texto constitucional la prohibición de los indultos generales y la necesidad de aquiescencia de uno de los cuerpos legisladores

⁴⁰ REQUEJO PAGÉS, J.L., Amnistía e Indulto en el Constitucionalismo Histórico Español, Revista Electrónica de Historia Constitucional, Número Dos, Junio 2.001, hc.rediris.es (consultada el 5 de junio de 2.006).

⁴¹ En relación a la Constitución de 1.837 como fruto de la transacción, VARELA SUANZES, J., en La Constitución Española de 1.837: una constitución transaccional, Revista de Derecho Procesal nº 20, 1.983-84.

para extender el beneficio de la gracia a los Ministros en los supuestos de responsabilidad exigida por las Cortes. Se acota, por tanto, las manifestaciones de la prerrogativa de gracia al indulto particular y, en principio, a la amnistía, de la que deducimos su idoneidad al no estar expresamente proscrita en el texto constitucional como en el caso de los indultos generales; entendemos la voluntad del constituyente de permitir el ejercicio de la prerrogativa de gracia en forma de amnistía porque, a sensu contrario, de haber querido desterrar tal forma de clemencia lo hubiera hecho utilizando el mismo tratamiento que el empleado para los indultos generales, más aun si se añade el hecho de que la amnistía supone una mayor renuncia al *ius puniendi* del estado que el indulto general, pues aquella no sólo hace extinguir la pena sino que hace desaparecer la propia acción típica.

El Acta Adicional a la Constitución de 1845, de 15 de septiembre de 1856, por la cual se modifica someramente el texto constitucional de 1845, restaurado a las pocas semanas de la entrada en vigor de la efímera Constitución de 1856, establece en su artículo 9 que *“además de los casos enumerados en el artículo 46 de la Constitución, el rey necesitará autorizado por una ley especial: 1º Para conceder indultos generales y amnistías”*. Estábamos así ante el primer texto constitucional, con excepción de la fugaz Constitución de 1856, en la cual se proscriben expresamente los indultos generales, que impone límites al ejercicio de la prerrogativa de gracia en sus formas de indulto general y de amnistía, reconduciéndolos en su ejercicio a la voluntad del Parlamento⁴². El Acta Adicional, sin embargo fruto de la singularidad política del momento⁴³, sería derogada por el Real Decreto de 14 de noviembre de 1856, por el que se ordena que sólo rija la Ley Constitucional promulgada el 23 de mayo de 1845.

⁴² REQUEJO PAGÉS, J.L., op. cit.

⁴³ Marcadas por la pugna entre el liberalismo de O'DONNELL y el moderantismo de NARVÁEZ. En general, cfr. MARTI, C., “Afianzamiento y despliegue del sistema liberal”, en TUÑÓN DE LARA, M., (dir.), *Revolución burguesa, oligarquía y constitucionalismo (1834 – 1923)*, Barcelona, 1981, pp. 244 y ss.

Por su parte, el Real Decreto de 7 de diciembre de 1.866, de extenso y razonado preámbulo, suscrito por Don Lorenzo Aráosla, Ministro de Gracia y Justicia a la sazón, constituye la primera disposición del siglo XIX que ofrece una regulación sistemática de los límites a la facultad de indultar, así prohíbe la concesión de indultos de penas no ejecutoriadas, a no ser en casos extraordinarios, el curso de solicitudes colectivas o de muchedumbres, relativas a reos fugados o en rebeldía y los indultos generales; limitó a tres el número de indultos de pena de muerte que podían otorgarse en Viernes Santo y estableció reglas para los de penas temporales, preceptuando que no pudieran concederse hasta que los reos hubieran extinguido las dos terceras partes de las graves, la mitad de las menos graves y las tres cuartas partes, la cuarta o la quinta, según los casos, de las correccionales. Decreto que estaría en vigor hasta la aprobación de la Ley de 1.870.

Es de destacar que los límites impuestos al ejercicio de la gracia de indulto general y de amnistía, volverían a reaparecer con reflejo constitucional en la Constitución de 1869, proclamándose en la misma la necesidad de solicitud del indulto por una de las Cámaras para el supuesto de ser un ministro el sujeto beneficiario de tal gracia; rasgos éstos, en consideración del profesor DIEZ-PICAZO, L. M. procedentes de la impronta del constitucionalismo norteamericano⁴⁴. Resulta paradigmática la atribución conferida al Rey en el apartado 6º del artículo 73 del texto constitucional que le dota de las facultades necesarias para la ejecución de las leyes, usurpando la misma de las que por naturaleza habrían de corresponder al poder judicial. Es el mismo apartado el que da cobertura a la facultad atribuida al Monarca de indultar a los delincuentes con arreglo a las leyes, sin perjuicio de lo dispuesto en relación a los Ministros. Asimismo el artículo 74 reproduce la fórmula prevista en el artículo 9 del Acta Adicional de 15 de septiembre de 1856, en cuanto al sometimiento a la previa autorización por una ley especial para la concesión regia de las amnistías y los indultos generales.

⁴⁴ DIEZ-PICAZO, L. M., La criminalidad de los gobernantes, Barcelona, 1996, p.147.

Será en este mismo período constitucional y quizá por la mención expresa del apartado 6º del artículo 73 a las leyes como delimitadoras de la facultad regia de indultar a los delincuentes, cuando definitivamente se articula una ley específica que regule el indulto particular⁴⁵. Texto legislativo que nació con vocación de ser provisional y cuya vigencia se extendió hasta nuestros días, con la tímida y única excepción de la supresión de los indultos, salvo para los supuestos de pena de muerte, durante un período de cinco meses, implantada por la Ley de 9 de agosto de 1873⁴⁶ y transformada tan sólo por lo contenido en el Decreto de 22 de abril de 1938 y en la Ley 1/1988.

Ley de 18 de junio de 1.870 por la que se establecen las reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, de la que interesa significar su Preámbulo que limita la aplicación de la misma a los indultos particulares. Ley de Indulto que fue firmada por el Presidente de las Cortes, Don Manuel Ruiz Zorrilla, y los Diputados Secretarios, Don Manuel del Llano y Persi, Don Julián Sánchez Ruano, Don Francisco Javier Carratalá y Don Mariano Rius, el 24 de mayo de 1.870, siendo refrendada por el Ministro de Gracia y Justicia, Don Eugenio Montero Ríos, el 18 de junio de 1.870, para ser publicada en la Gaceta el 24 de junio del mismo mes y año. Por su parte, el Código Penal de 1.870 dedicaría algunos de sus artículos a la gracia.

Sin embargo, por Ley las Cortes Constituyentes de 9 de agosto de 1.873 vendrían a abolir la gracia de indulto para toda clase de penas, a excepción de la de muerte y de la conmutación de las perpetuas. Situación que se mantuvo hasta que por Decreto de 12 de enero de 1.874 se restableciera la Ley reguladora de la gracia de indulto de 1.870, derogándose la de 9 de agosto de 1.873.

La Constitución de 1876, en el apartado tercero de su artículo 54 establece que *“corresponde (...) al Rey (...) indultar a los delincuentes con*

⁴⁵ Ley de 18 de junio de 1870, por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto.

⁴⁶ Ley de 9 de agosto de 1873, que a su vez fue derogada, cinco meses más tarde, por el Decreto de 12 de enero de 1874.

arreglo a las leyes”. Así se vuelve a reproducir la fórmula clásica pero esta vez sometiendo el contenido de su ejercicio a un texto legislativo concreto, tal cual es la Ley de 1870, y, por otra parte no proscribiendo la facultad de ejercicio de la prerrogativa de gracia en sus formas de amnistías ni indultos generales. Es característica de este período la aparición de un nuevo límite a la casi ilimitada facultad de graciarse, límite que viene de la mano de la Ley de 26 de junio de 1890, por la que se reformó la Ley Electoral para Diputados a Cortes, que en su artículo 106 dispone que “no se dará curso por el Ministerio de Gracia y Justicia ni se informará por los Tribunales ni por el Consejo de Estado solicitud alguna de indulto en causa por delitos electorales sin que conste previamente que los solicitantes han cumplido por lo menos la mitad del tiempo de su condena en las penas personales y satisfecho la totalidad de las pecuniarias y costas. Las Autoridades y los individuos de Corporación, de cualquier orden o jerarquía, que infringiesen esta disposición, dando lugar a que se ponga a la resolución del rey la solicitud de gracia, incurrirán en la responsabilidad establecida en el artículo 369 del Código Penal. De toda concesión de indulto dará conocimiento el Gobierno a la Junta Central del Censo”.

De otra parte, destacar la viabilidad constitucional del ejercicio de la prerrogativa de gracia en sus formas de amnistías e indultos generales en este período, deducida de la omisión del constituyente de cualquier límite al ejercicio de la gracia, salvo el de sometimiento a las leyes.

Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1.882, dedicó algunos de sus artículos, a propósito del recurso de casación en las causas de muerte, a la amnistía y el indulto, que calificó, al igual que la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal, como artículos de previo pronunciamiento.

La Segunda República Española dará un nuevo giro a la regulación de la gracia, primero mediante la promulgación del Decreto de Indulto de 14 de abril de 1.931, y poco después, el 8 de diciembre del mismo año, con ocasión de la elección del Presidente y aprobación de la Constitución, la cual, por una parte, atribuirá la facultad de amnistiar al Parlamento, por otra, proscribirá expresamente los indultos generales, y, por otra, atribuirá la facultad general de

conceder los indultos particulares, por primera vez en la Historia Constitucional Española, a un órgano del poder judicial, concretamente al Tribunal Supremo, extendiendo dicha facultad excepcionalmente al Presidente de la República, para los supuestos de delitos de extrema gravedad, previo informe del Tribunal Supremo y a propuesta del Gobierno responsable⁴⁷.

Este último vestigio de la gracia *more regio* fue mantenido para los delitos llamados “de extrema gravedad”, circunloquio bajo el que acabaron ocultándose, sencillamente, los sancionados con la pena de muerte, cuya subsistencia aún no se había decidido en el momento de aprobar el artículo 102 de la Constitución. La posibilidad de que se constitucionalizara la pena capital hizo necesario prever que junto a los indultos por razones de equidad (artículo 2 del Código Penal), fuera también posible el indulto “por razones de humanidad, por razones políticas, por razones sociales, y naturalmente que ese cúmulo de razones de orden general para aplicar la procedencia de un indulto a nadie le habrán de corresponder con más razón que al Jefe del Estado”⁴⁸.

La prohibición del indulto general terminó por imponerse, en opinión de REQUEJO PAGÉS, en buena medida porque durante el debate preconstitucional se alcanzó un principio de compromiso para decretar un perdón general excepcional a la entrada en vigor de la Constitución. Con ello se garantizaba la posibilidad de algún remedio frente a las injusticias del pasado aún no reparadas, pero se descartaba también la posibilidad de su perpetración en el futuro⁴⁹.

⁴⁷ El artículo 102 de la Constitución de 1931 dispone que “las amnistías sólo podrán ser acordadas por el Parlamento. No se concederán indultos generales. El Tribunal Supremo otorgará los individuales a propuesta del sentenciador, del Fiscal, de la Junta de Prisiones o a petición de parte. En los delitos de extrema gravedad podrá indultar el Presidente de la República, previo informe del Tribunal Supremo y a propuesta del Gobierno responsable”.

⁴⁸ Diputado DEL RIO, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española, núm. 76, p. 2438. Sesión de 18 de noviembre de 1931.

⁴⁹ REQUEJO PAGÉS, J.L., op. cit.

Si bien el singular traspaso de la facultad de gracia a un órgano del Poder Judicial y, consecuentemente, la traición a la propia configuración de la institución de la gracia en la que la herencia histórica constituye su propia esencia y que la misma determinaba como consustancial a la misma su consideración como facultad regia, entiendo, a mi juicio, tal hito como una forma de aminorar los costes y atemperar los perjuicios que la gracia, bien se entienda como un mal necesario, como una institución tendente a evitar la desproporcionalidad punitiva de la ley o bien como un medio de subsanación de errores acaecidos en el seno del proceso judicial, supone en el marco del Estado Democrático de Derecho, en tanto no se produce la quiebra del principio de separación de poderes.

7.- LA GRACIA DURANTE EL FRANQUISMO:

En la etapa histórica del régimen franquista⁵⁰, que supondrá la instauración del principio de unidad de poderes frente al de división de poderes de la Segunda República y que afectará radicalmente al instituto de la clemencia dada su atribución al Jefe del Estado de modo exclusivo y excluyente, cabe considerar el Decreto de 22 de abril de 1938 por el cual se ratifica la vigencia de la Ley de 18 de junio de 1870, si bien introduciendo ligeras modificaciones, entre las que cabe resaltar la supresión de la necesidad del informe del Consejo de Estado. Aquí importa solamente, a juicio de REQUEJO PAGÉS, la reveladora Exposición de motivos de este Decreto, que trasluce la clara intención de pasar cuentas con la república, recriminándole su

⁵⁰ Destáquese el prolífero recurso a la gracia en esta etapa justificada por motivos eminentemente religiosos, así, entre otros, el Decreto de 1 de mayo de 1.952, por el que se conceden indultos generales con ocasión del Congreso Eucarístico; el Decreto de 25 de julio de 1.954, por el que se conceden indultos generales, en el ámbito familiar, con motivo del año Mariano y Jubileo; el Decreto de 31 de octubre de 1.958, por el que se concede indulto general con motivo de la Exaltación al Solio Pontificio de S.S. Juan XXIII; el Decreto 1.504/1.963, de 24 de junio, por el que se concede indulto general con motivo de la Exaltación de S.S. Pablo VI; el Decreto 2.136/1.965, de 22 de julio, por el que se concedía indulto general con motivo del Año Jubilar Compostelano,...

intento de debilitar una potestad tan radicalmente soberana –y, por ello, propia del Jefe del Estado- como “la potestad de clemencia”⁵¹.

Posteriormente es promulgada la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1.967, por la cual en su artículo 6 se viene a establecer que “El Jefe del Estado.... ejerce la prerrogativa de gracia”. El Código Penal de 1.973, en su artículo 112, consideraría a la amnistía y al indulto como causas de extinción de la responsabilidad penal.

8.- DESDE LA TRANSICIÓN HASTA NUESTROS DÍAS:

Con la Constitución de 1978 se vuelve a atribuir el ejercicio de la prerrogativa de gracia al Monarca con arreglo a las leyes, se prohíben expresamente los indultos generales⁵², se omite cualquier referencia expresa a la amnistía⁵³, se excluye al Presidente y a los demás miembros del Gobierno de los sujetos susceptibles de beneficiarse de la gracia⁵⁴, y se suprime la

⁵¹ REQUEJO PAGÉS, J.L., op. cit.

⁵² Así el artículo 62 i) dispone que: “Corresponde al Rey: ejercer el derecho de gracia con arreglo a la Ley, que no podrá autorizar indultos generales”.

⁵³ Omisión que suscitó y suscita un amplio debate a cerca de su posible viabilidad y licitud en el sistema. Omisión que es interpretada en diferentes sentidos, así, entre otros, como confirmación de que el silencio del constituyente equivale a su prohibición (en este sentido, SAINZ MORENO, F., en Efectos materiales y procesales de la amnistía: responsabilidad patrimonial de la Administración, devolución de sanciones pecuniarias, satisfacción extraprocésal de la pretensión, Revista de Administración Pública, nº 87, 1.978), bien como una economía impuesta por la obviedad de que el Código Penal (norma con rango de ley) no puede condicionar el contenido y alcance de la ley en que necesariamente ha de formalizarse toda amnistía (en este sentido, MIR PUIG, S., en Derecho Penal. Parte General, 3ª ed., Barcelona, 1.996).

⁵⁴ El artículo 102.3 dispone que “La prerrogativa real de gracia no será aplicable a ninguno de los supuestos del presente artículo”. “Si bien un tanto inexplicable si, como se ha escrito la prohibición de indultar a los ministros es consustancial al mecanismo del impeachment, de manera que puede justificarse en un texto constitucional que, como el del 69, se inspiraba en el constitucionalismo americano”. DIEZ-PICAZO, L.M., op. cit., pp. 146 y ss.

prerrogativa de gracia de las materias objeto de regulación por la vía de la iniciativa legislativa popular⁵⁵.

Posteriormente con la aprobación de la Ley 1/1988, de 14 de enero, de modificación parcial de la Ley de 18 de junio de 1870, se flexibiliza y agiliza el procedimiento de indulto en los supuestos determinados en el párrafo segundo del artículo 2 del anterior Código Penal⁵⁶, plasmándose en la introducción de una norma (finalmente el artículo 28) en la Ley de 18 de junio de 1870, por la cual, “los expedientes que se formen al amparo del párrafo segundo del artículo 2º del Código Penal, se tramitarán en turno preferente cuando los informes del Ministerio Fiscal, y del Establecimiento Penitenciario y perjudicado, en su caso, no se opusieran a la propuesta del Tribunal”, igualmente, a partir de la vigencia de esta Ley, se tramitarán en turno preferente los expedientes calificados de especial urgencia o importancia (párrafo segundo del artículo 28), por otra parte, el indulto no se extenderá a las costas procesales (artículo 9), y se suprime la necesidad de motivación del Real Decreto de concesión, entre otras modificaciones.

Si bien, a mi juicio, la eliminación de la motivación en los Reales Decretos de concesión de la gracia, supone una mayor negación a la excepcionalidad de la gracia e invita a un ejercicio más discrecional de la misma, si cabe, por parte del Gobierno, también considero que de nada sirve exigir la motivación de los Reales Decretos sin la previsión de mecanismos de control sobre dicha motivación; es decir, a los efectos que nos ocupa y nos preocupa, es propio de un mismo sistema el exigir la motivación de los Reales Decretos sin que sobre la misma quepa el ejercicio de control jurisdiccional alguno que la no exigencia de motivación en los mismos. Supresión de la

⁵⁵ El artículo 87.3 preceptúa que “Una Ley orgánica regulará las formas de ejercicio y requisitos de la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley. En todo caso se exigirán no menos de 500.000 firmas acreditadas. No procederá dicha iniciativa en materias propias de Ley Orgánica, tributarias o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia”.

⁵⁶ Es decir, de aquellas peticiones presentadas por los Tribunales formuladas en razón de los inconvenientes que resultan “de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley”.

motivación, con la que, según REQUEJO PAGÉS⁵⁷, “se terminaba con casi 120 años de indultos motivados y se volvía –y en ellas seguimos- a las maneras propias de los tiempos de la real gana”.

En este marco constitucional, destáquese la exclusión de la amnistía, por el apartado 4 del artículo 130 de la vigente Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de entre las causas que extinguen la responsabilidad penal, haciendo única referencia a la gracia de indulto.

⁵⁷ REQUEJO PAGÉS, J.L., op. cit.

CAPÍTULO SEGUNDO:

INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE GRACIA EN EL DERECHO COMPARADO:

En este apartado trataremos de analizar los diferentes sistemas de gracia de nuestro entorno jurídico-cultural más próximo, descartando una exposición minuciosa de las diferentes regulaciones por exceder de nuestro objeto de estudio, resaltando por el contrario los aspectos, a nuestro entender, más destacados por su heterogeneidad respecto a nuestra configuración patria, así como por contener posibles respuestas a diversos interrogantes que acompañan al proceso de acomodación de la gracia al Estado Constitucional, o por alumbrar hipotéticos devenires de la referida prerrogativa.

La gracia es una institución presente en casi la totalidad de las constituciones de los Estados con cierta identidad cultural al nuestro, sin perjuicio de que no sea coincidente la denominación que recibe en los diversos ordenamientos y en ocasiones de lugar a confusión⁵⁸.

Así, señala AGUADO RENEDO, “los modos que adopta la concesión de la gracia en los sistemas comparados varía, pero podrían clasificarse en tres:

⁵⁸ Así en Italia la expresión “clemencia” (clemenza) refiere genéricamente a la institución que aquí, también genéricamente, conocemos como “gracia” (grazia), mientras que ésta significa una forma específica de clemencia que corresponde con nuestro indulto particular, equivaliendo el término “indulto”, sin mas, a nuestros indultos generales. Por su parte en EEUU, y generalmente en los sistemas anglosajones se refiere a la institución graciosa en toda su amplitud, con la expresión “mercy”, designando a nuestro indulto a través de la expresión “pardon” y a la amnistía con la expresión “general pardon”. En Alemania, la gracia es signficada con el término “Gnade”, la amnistía con “Amnestie” y el indulto particular con “Einzelbegnadigung”. Asimismo, en el sistema galo, “la grâce amnistiante” hace referencia al indulto, mientras que la “amnistie” es la amnistía, añadiéndose, además, la figura de la “amnistie judiciaire”, que equivaldría a lo que aquí e conoce como perdón judicial.

a) la amnistía; b) el indulto que, en algunos casos adopta las formas de indulto general e indulto particular (pero no necesariamente se subdivide siempre en ambas fórmulas, pues cabe que se prevea el indulto como forma de gracia sólo general y a la forma individual se la conozca con otra denominación); c) otras formas variadas (por ejemplo, la conmutación de penas), que en unos sistemas equivale a lo que en otros se denomina indulto, mientras que en otros más suponen efectos algo diversos de éste”⁵⁹.

Una vez enunciadas diversas formas de denominación de las diferentes manifestaciones de la gracia en el marco de sistemas jurídicos sentados sobre una herencia cultural afín a la nuestra, cuestión ésta sin demasiada relevancia práctica en cuanto aquí nos ocupa, pasamos a destacar los aspectos que nos parecen más ilustrativos de las manifestaciones de la prerrogativa, en una visión de conjunto de las constituciones europeas y de EEUU.

No en todos los sistemas de derecho comparado las diferentes constituciones dan cobijo a las tres manifestaciones tradicionales de la gracia, así, por ejemplo, las Constituciones de EEUU, Alemania, Austria, Bélgica, Irlanda, Luxemburgo y Suecia no hacen referencia a la amnistía, si bien no la prohíben expresamente, con la excepción establecida en la Constitución griega, que únicamente la prevé para los supuestos de delitos políticos, prohibiéndola expresamente en los demás casos; pero como bien apunta AGUADO RENEDO⁶⁰, cabe considerar al sistema griego como aquellos que prevén la amnistía como forma de gracia, dado que es en los supuestos de delitos políticos donde la amnistía encuentra su mas desarrollada forma de ejercicio.

Como regla general se puede afirmar que en aquellos sistemas que prevén como legítimas formas de gracia a la amnistía, al indulto general y al indulto particular, se suele atribuir la titularidad de la primera y de la segunda al

⁵⁹ AGUADO RENEDO, C., en Problemas Constitucionales del Ejercicio de la Potestad de Gracia, Ed. Civitas, Fundación “Agrupación Independiente del Senado 1977”, 2001, p. 38.

⁶⁰AGUADO RENEDO, C., idem, p. 39.

Parlamento (en este sentido, artículos 79 de la Constitución Italiana y artículo 164.g) de la Constitución Portuguesa), correspondiendo la titularidad del indulto particular y otras posibles medidas de conmutación de la pena al Jefe del Estado. Partiendo de esta regla, apunta AGUADO RENEDO⁶¹, los regímenes muestran una importante variedad de supuestos, desde los que atribuyen el ejercicio de la amnistía e indulto al Parlamento (artículo 85.7 de la Constitución Suiza), hasta las que atribuyen el ejercicio de ambos institutos al Jefe del Estado⁶²; entre ambos márgenes se conjugan tantas opciones como textos constitucionales. En el caso de la amnistía, algunas constituciones exigen una mayoría parlamentaria especialmente cualificada para la aprobación de leyes con tal objeto⁶³. En el caso del indulto, no siempre está confiado su ejercicio al Parlamento o al Jefe del Estado, así hay regímenes donde se atribuye su titularidad al Gobierno (supuesto sueco y asimismo ha de entenderse el holandés), o que no cabe su ejercicio sin su previa propuesta o de algunos de sus miembros (supuesto griego). En el sistema alemán, en el que se atribuye la susodicha facultad al Presidente Federal, la Constitución prevé expresamente la posibilidad de delegar su ejercicio en otras autoridades, sin hacer mención expresa a la forma que ha de presentar dicha delegación⁶⁴. En Irlanda, con estrecha similitud al sistema germano, se contempla expresamente la posibilidad de la delegación del ejercicio de la prerrogativa, delegación cuyo texto constitucional exige se materialice en forma de una ley. Por su parte, en aquellos supuestos donde la Constitución atribuya la titularidad de la gracia al

⁶¹ AGUADO RENEDO, C., op. cit., p. 40.

⁶² El artículo 24 de la Constitución de Dinamarca atribuye la titularidad de sendas manifestaciones de la gracia al Monarca; por su parte la Constitución de Grecia hasta su reforma de 1.986 atribuía las mismas al Presidente de la República.

⁶³ Así, Grecia exige para su aprobación una mayoría de su Parlamento unicameral de 3/5; Italia requiere, tras la reforma constitucional de 1.992, una mayoría parlamentaria de 2/3 en ambas Cámaras, mayoría que obra decir no ha de recaer sobre el texto definitivo sino sobre cada uno de sus artículos; en los demás supuestos no se especifica mayoría alguna para su aprobación, por lo que ha de entenderse que la exigida es la ordinaria.

⁶⁴ Artículo 60.3: "Podrá, sin embargo (el Presidente Federal), delegar estas facultades en otras autoridades". "La ordenanza que regula el ejercicio de la prerrogativa del indulto en la Federación es de 5 de octubre de 1.965, parcialmente reformada más tarde. De acuerdo con lo que se desprende de lo que afirma HEYDE, W., quien realmente ejerce esa prerrogativa es el Gobierno", en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE, en Manual de Derecho Constitucional, ed. y trad. de LÓPEZ PINA, A., Pons, Madrid, 1.996, p. 788.

Jefe del Estado se hará precisa la intervención del Gobierno a través del referendo⁶⁵. Por todo ello, se puede concluir que, en la gran generalidad de los casos, en los sistemas de derecho comparado de nuestro entorno, es en la praxis el Gobierno quien realmente ejercita la facultad de graciarse, bien sea porque la constitución le atribuya tal prerrogativa de forma expresa, bien porque sobre él recaiga la delegación, bien porque su ejercicio se haga efectivo en virtud del instituto del referendo.

⁶⁵ “Si no lo especificase así el texto constitucional, debe sobrentenderse. Merecen destacarse al respecto los dos supuestos de régimen semipresidencial, con un Presidente legitimado directamente por el electorado: el francés y el portugués. El artículo 19 de la Constitución francesa exige al Presidente, a contrario, tal referendo. En el caso portugués, al artículo 137.f), que es el que concede al Presidente la facultad de indultar, añade que debe ejercerla “oído el Gobierno”: teniendo en cuenta que la atribución constitucional de esta facultad se encuadra dentro del precepto regulador de los “actos propios”, pareciera que estamos ante el ejercicio libre de la gracia por parte del Presidente de la República; sin embargo, el artículo 143.1 especifica la exigencia de referendo para la misma, entre otros actos, con la inequívoca advertencia en el núm. 2 del mismo artículo, singular en el derecho constitucional comparado por el empleo de una expresión técnica, de que “La falta de referendo implicará la inexistencia jurídica del acto mismo”, por lo que, aunque no hemos podido encontrar muchas referencias bibliográficas sobre la cuestión, no parecen caber excesivas dudas de que, de facto, en el sistema portugués será el Gobierno el que tenga la última palabra, y que sin su consentimiento no cabe que el Presidente indulte. Otra cosa es que en estos casos pueda considerarse, como ocurre en las monarquías parlamentarias, que el ejercicio de esta atribución sea lo que técnicamente se denomina un “acto debido”, esto es, un acto que obligatoriamente debe llevar a cabo el Jefe del Estado cuando se lo proponga el órgano correspondiente, so pena, en caso contrario, de excederse en sus atribuciones; más bien parece, dado el funcionamiento de los sistemas reseñados, francés y portugués, que el resultado final de la acción de indulto será el producto del acuerdo de ambos órganos, Gobierno y Presidente y, en los casos difíciles, será el producto de la acción positiva de uno y de al menos la no oposición del otro. En otros sistemas republicanos, pero con un peso de la Presidencia menos acusado en la práctica, parece más difícil argumentar del modo anterior y, siendo preciso el referendo (por ejemplo, art. 87, p. 11 en relación con los arts. 89 y 90 de la Constitución italiana) cabría concluir que es el Gobierno el que, de hecho, acaba ejerciendo la clemencia.”, AGUADO RENEDO, C., op. cit., p. 41.

I.- LA PRERROGATIVA DE GRACIA EN LOS ORDENAMIENTOS ANGLOSAJONES:

A) LA GRACIA EN E.E.U.U.:

En los Estados Unidos de América, y en los sistemas anglosajones en general, el término que equivale a nuestra gracia es el de *mercy*, lo que nosotros consideramos como indulto se denomina *pardon*, y la amnistía *general pardon*.

Se hace necesario significar que el sistema de gracia de los Estados Unidos de América está inexorablemente inspirado en el sistema inglés de gracia regia del que recibe la práctica totalidad de sus elementos configuradores, así como la propia instauración y consolidación del instituto.

En Estados Unidos la facultad de indultar la pena derivada de la comisión de delitos federales se encuentra residenciada en el Presidente, en virtud de lo dispuesto en el artículo II, sección 2, cláusula 1 de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1.787⁶⁶. Texto constitucional que omite cualquier referencia expresa a la amnistía o *general pardon*.

Las solicitudes de indulto relativas a la remisión de penas derivadas de delitos federales habrán de ser remitidas a “The Office of the Pardon Attorney”, oficina dependiente del Ministerio de Justicia, encargada de asistir al Presidente en el ejercicio de la gracia de indulto, asumiendo la tramitación y,

⁶⁶ Artículo II, sección 2, cláusula 1 de la Constitución de los Estado Unidos de América: “The President shall be Commander in Chief of the Army and Navy of the United States, and of the Militia of the several States, when called into the actual Service of the United States; he may require the Opinion, in writing, of the principal Officer in each of the executive Departments, upon any Subject relating to the Duties of their respective Offices, and he shall have Power to grant Reprieves and Pardons for Offences against the United States, except in Cases of Impeachment”.

consecuentemente, la investigación y evaluación de los distintos expedientes, que tras la emisión del correspondiente informe, en ningún caso vinculante, serán remitidos al Presidente de los Estados Unidos a los efectos de resolver acerca de la concesión o denegación de la gracia.

Pardon cuya concesión queda condicionada, como regla general, a que el potencial beneficiario de la gracia haya reconocido previamente su culpabilidad. Los indultos presidenciales pueden ser otorgados en cualquier momento tras la comisión del delito, sin que sea preceptiva la necesidad de que la condena haya devenido firme; todo ello, sin perjuicio de que por parte de *The Office of the Pardon Attorney*, sólo se suelen tomar en consideración las solicitudes relativas a penas que hayan adquirido firmeza, o más aun las que hayan sido parcialmente ejecutadas.

Por su parte, la existencia y regulación del instituto del indulto o *pardon* en relación a la remisión de las penas derivadas de la comisión de delitos cuyo enjuiciamiento queda atribuido al conocimiento de los órganos jurisdiccionales de los diferentes estados federados, será determinada por lo dispuesto en sus respectivas constituciones y normas reguladoras. Son numerosos los Estados federados en los que se previene la atribución de la potestad de indulto o *pardon* al gobernador respectivo; quedando en otros residenciada en un consejo, o bien compartida por un consejo y el gobernador.

Entre las primeras manifestaciones de *pardons* federales que se conocen en los Estados Unidos se significan los concedidos por el Presidente George Washington a varios líderes de la *rebelión del whisky* (desarrollada entre 1791 y 1794 en protesta por los impuestos establecidos a determinadas bebidas alcohólicas).

Uno de los indultos quizás más controvertidos de la historia estadounidense fue el concedido por el Presidente Gerald Ford a su antecesor en el cargo, el Presidente Richard Nixon, el 8 de septiembre de 1974, por su

participación en los hechos que condujeron al escándalo Watergate⁶⁷. Pardon que, según las encuestas, contó con la desaprobación de la mayoría de los ciudadanos estadounidenses y que propició, en gran medida, el decaimiento del respaldo popular al Presidente Ford, quien dos años más tarde fue derrotado en las elecciones presidenciales.

Otras manifestaciones de *pardon* no carentes de controversia constituyeron los miles de indultos indiscriminados concedidos por el Presidente Andrew Johnson a antiguos oficiales y militares Confederados tras la Guerra Civil Americana, el indulto concedido por el Presidente George H.W. Bush a seis oficiales de la administración Reagan acusados y/o condenados en relación con el asunto conocido como *Irangate*, así como los indultos concedidos por el Presidente Bill Clinton a terroristas de las Fuerzas Armadas de Liberación Nacional (FALN) y a 140 personas (estos concedidos en su último día de presidencia).

B) LA GRACIA EN EL REINO UNIDO E IRLANDA:

En el Reino Unido, la potestad de indulto constituye una prerrogativa regia, estando tradicional e inseparablemente vinculado su ejercicio al poder absoluto del Monarca.

En este ordenamiento el poder del Monarca en orden al ejercicio de la potestad de gracia resultaba prácticamente ilimitado, siendo a partir del siglo XVII cuando el Parlamento opera en orden a restringir y acotar dicho poder. Así, en Inglaterra, con el Bill of Rights de 1.689, se vendría a determinar, entre otras, que el pretendido poder de suspender las leyes o su ejecución por autoridad real sin consentimiento del Parlamento era ilegal, así como el

⁶⁷ Supuesto que es extensamente explicitado y desarrollado por KALT, B. C., en Pardon me?: The Constitutional Case Against Presidential Self-Pardons, The Yale Law Journal, Volumen 106, número 3, Diciembre 1.996.

pretendido poder de exceptuarse de las leyes o su ejecución por autoridad real, como había sido asumido y ejercido.

Su recurso fue especialmente prolífico allá por el siglo XVIII, en el que su concesión quedaba condicionada a que el beneficiario aceptase ser enviado a los territorios de ultramar, entre otros a Australia.

La Reina del Reino Unido no solamente es el Jefe de Estado, sino que, por ley, ostenta además los cargos de Jefe del Ejecutivo, parte integrante del Poder Legislativo, Jefe del Poder Judicial, Comandante en Jefe de todas las Fuerzas Armadas de la Corona, Gobernadora suprema de la Iglesia de Inglaterra o Jefe de la Commonwealth.

A pesar de un largo proceso de evolución histórica durante el cual el poder absoluto de la monarquía se ha ido reduciendo progresivamente, la Reina continua participando actualmente en importantes actos de gobierno; entre estos, merece citarse el hecho de que sea la Reina quien convoca, suspende temporalmente, clausura e interrumpe hasta la siguiente sesión y disuelve el Parlamento; es la Reina quien nombra formalmente a muchos altos cargos, incluidos ministros del gobierno, jueces, mandos de alta graduación de las fuerzas armadas, diplomáticos, obispos y otras altas jerarquías de la Iglesia de Inglaterra; así como es atribución de la Reina conceder indultos a personas condenadas por delitos, así como elevar a las personas elegidas a la dignidad de caballero u otros honores.

En Reino Unido existe una comisión de evaluación de casos penales, órgano judicial cuyos miembros son nombrados por Su Majestad la Reina a propuesta del Primer Ministro, encargada de informar al Secretario de Estado acerca de la idoneidad de remitir a la Reina un expediente en orden al ejercicio de la gracia de indulto.

Por su parte en Irlanda, la prerrogativa de gracia queda atribuida al Presidente de la República, el cual en virtud de lo establecido en el artículo 13, sección 6 de la Constitución, ostenta la potestad de indultar, así como de

conmutar o rebajar, una pena impuesta por un tribunal en el ejercicio de la jurisdicción criminal. Para el ejercicio de la gracia de indulto, el Presidente habrá de contar con el consentimiento del Gobierno. Asimismo su ejercicio podrá ser conferido o delegado en otras autoridades, habiendo de disponerse dicha delegación en virtud de una ley.

II. LA PRERROGATIVA DE GRACIA EN EL ORDENAMIENTO FRANCÉS:

El “derecho de gracia”, guardando una estrecha equivalencia a nuestro indulto particular, ha sido una prerrogativa tradicionalmente atribuida al Jefe del Estado Francés. En efecto, apunta GARCÍA MAHAMUT⁶⁸, tras el período revolucionario en que la ideología igualitaria impedía excepcionar la rigidez de las penas, será en 1.802⁶⁹ cuando se restablezca el tradicional derecho de gracia confiriéndose tal competencia, sucesivamente, al Primer Cónsul, al Emperador, al Monarca constitucional y al Presidente de la República⁷⁰; sin perjuicio de que de forma excepcional, por ejemplo durante el Gobierno de defensa nacional, tal facultad fuera atribuida al Ministro de Justicia o por sendos actos constitucionales en 1942 al Mariscal Pétain Laval, o de forma provisional en 1944 a los Delegados del Gobierno provisional de la República francesa, en caso de absoluta necesidad y en nombre del Gobierno

⁶⁸ GARCÍA MAHAMUT, R., en *El Indulto: un análisis jurídico-constitucional*, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2.004, p. 103.

⁶⁹ Será Napoleón quien lo restablezca, consagrándose en el art. 86 de la “Constitution du 16 thermidor an X”, de 4 de agosto de 1.802: “Le Premier cónsul a droit de faire grâce. Il l’exerce après avoir entendu, dans un conseil privé, le grand-juge, deux ministres, deux sénateurs, deux conseillers d’Etat et deux juges du Tribunal de cassation”.

⁷⁰ Sobre el particular, PRÉTOT, X., en *Le pouvoir de faire grâce*, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l’étranger*, núm. 6, 1.983, pp. 1.530 y ss.

provisional⁷¹. Aun así, y siendo esta una facultad tradicionalmente atribuida al Jefe del Estado, con motivo de la elaboración de la Constitución francesa de 1.958, dos miembros del Comité consultivo constitucional vinieron a proponer que, a semejanza del régimen precedente, el derecho de gracia del Jefe del Estado se ejerciera en el ámbito del Consejo Superior de la Magistratura. Sin embargo, con la idea de resaltar que tal facultad es consustancial al Presidente de la República, la Constitución Francesa de 1.958 retomó la formulación que efectuaba la Ley constitucional de 25 de febrero de 1.875: “El Presidente de la República ostenta el derecho de otorgar la gracia”⁷².

Obsérvese, apunta GARCÍA MAHAMUT, “que si la prerrogativa es de carácter “personal”, explicándose como un residuo de la prerrogativa real del Antiguo Régimen, se traduce en la doctrina francesa como un “acto de conciencia”⁷³ del Presidente de la República. Ello ha condicionado toda una concepción del ejercicio del derecho de gracia”⁷⁴.

Conviene destacar la significación alcanzada por el derecho de gracia en la V República Francesa a influjos de la regulación de la pena de muerte, finalmente abolida con la Ley de 9 de octubre de 1.981. De hecho, debe observarse cómo, por ejemplo, en el Comentario al art. 17 de la Constitución Francesa de 1.980, BROULLIET realiza la siguiente afirmación: “La opinión más generalizada vincula la utilización del derecho de gracia únicamente a las condenas de pena capital, que pueden ser conmutadas por medidas de prisión por el Presidente de la República. Lo cual es un error. El derecho de gracia es susceptible de aplicarse a todas las sanciones penales que se pronuncien en relación a un individuo. Pero las condiciones de aplicación del derecho de

⁷¹ Debe apuntarse que el Consejo de Estado francés, en 1.946, se pronunció contra toda posibilidad de delegación de la gracia.

⁷² BROUILLET, A., en “Le Président de la République a le droit de faire grâce. Article 17”, en F. LUCHAIRE y G. CONAC (dirs.), *La Constitution de la république française*, París, Economica, 1.980, p. 350.

⁷³ Vid., por ejemplo, RAINGEARD DE LA BLETIERE, L.M., en “Le Président de la République a le droit de faire grâce. Article 17”, en F. LUCHAIRE y G. CONAC (dirs.), *La Constitution de la république française*, París, Economica, 1.987, p. 557.

⁷⁴ GARCÍA MAHAMUT, R., op. cit., p. 104.

gracia varían según nos encontremos en presencia de una condena a pena de muerte o de otra sanción penal”⁷⁵.

En este sentido señala GARCÍA MAHAMUT, “que este dato resulta de especial importancia si tenemos en cuenta que el fundamento último del perdón en el caso de la pena capital no resulta trasladable en su totalidad a la naturaleza de carácter residual que late en el ejercicio de gracia –que consistiendo en un medio de flexibilización de las sanciones, se ha convertido en un medio de individualización de la pena que cumple la función de readaptación social-. Desde esta perspectiva, la gracia se ha convertido en el último reducto o remedio subsidiario de la técnica de individualización de las penas y de su ejecución de tras el pronunciamiento de la condena, esto es, en el último medio utilizable en ausencia de otras disposiciones legales aplicables. Todo ello, además, explica que la gracia se aplique no sólo a las penas privativas de libertad –que constituyen el objeto esencial de los diversos modos de individualización de las penas-, sino a otras sanciones. Sin embargo, si ello ha sido objeto de una evolución progresiva, en la práctica del derecho de gracia, ha incidido de forma más constante y menos depurada “el acto de conciencia” que ha ejercido el Presidente de la República con todos sus perfiles en el perdón de la pena capital, proyectándose los mismos en los rasgos más formales de la institución de la gracia en materia distinta a la pena capital. Ello no significa, desde un punto de vista procedimental, que la tramitación de la gracia fuese idéntica en ambos supuestos. Al contrario, cabe destacarse que, cuando se trataba de una pena capital, el recurso de la gracia era automático, cualquiera que fuese el deseo del condenado; al procedimiento le acompaña una multitud de informes y, finalmente, el Jefe del Estado, tras oír al abogado defensores, decidía sobre la concesión. En este sentido cabe destacar que la concesión o no de la gracia fuera de la condenas a pena capital ha dependido, fundamentalmente, de la previa propuesta del Ministerio de Justicia, cosa que no ocurre cuando se trataba de graciarse la pena capital. Otra diferencia que merece subrayarse consiste en que el dictamen del Consejo de la Magistratura no resulta obligatorio en los supuestos distintos a la pena

⁷⁵ BROUILLET, A., op. cit., p. 350.

capital. En este sentido debemos hacer notar que la Ley Constitucional 93-952, de 27 de julio de 1.993, suprimió del art. 65.3 de la Constitución la mención -obsoleta desde la abrogación de la pena de muerte- según la cual el consejo Superior de la Magistratura era “consultado sobre las gracias en las condiciones fijadas por una ley orgánica”⁷⁶.

Entrando ya en la regulación jurídica de la gracia, cabe destacar a priori su práctica inexistencia, limitándose la misma, fundamentalmente a lo dispuesto en circulares al respecto y en las normas consuetudinarias nacidas de la costumbre⁷⁷. RAINGEARD DE LA BLETIERE, L.A. apunta que “en principio, la gracia individual se solicita a través de una instancia de carácter no oficial, es decir, no está formalizada, y se formula por persona interesada. La Administración penitenciaria está legitimada para presentar también la propuesta de gracia. La petición se instruye por el Fiscal que ha actuado ante la jurisdicción que ha pronunciado la condena o por el Fiscal General del Estado si la condena emana de un Tribunal de Apelación. Requerido por el Ministerio de Justicia tras recibir la petición de gracia, el Fiscal realiza un informe sobre los hechos, la situación personal del condenado y sus obligaciones respecto a la hacienda pública. A continuación emite un dictamen sobre los motivos invocados en apoyo de la petición de la gracia. Transmitido éste al Ministerio de Justicia, el expediente es examinado por la oficina de gracias de la Dirección de Asuntos Criminales y de Gracias, y sometido a los Ministerios interesados”⁷⁸.

La gracia, una vez concedida, no es publicada en el *Journal Officiel*⁷⁹, concibiéndose el decreto de concesión como acto no susceptible de recurso

⁷⁶ GARCÍA MAHAMUT, R., op. cit., p. 105.

⁷⁷ PRÉTOT, significa del procedimiento de concesión de la gracia, su extremada flexibilidad y la ausencia de formalismos que contrasta con la precisión minuciosa del procedimiento judicial, PRÉTOT, X., op. cit., p. 1.537.

⁷⁸ RAINGEARD DE LA BLETIERE, L.M., op. cit., p. 561.

⁷⁹ Destáquese que la gracia surte sus efectos desde la firma del Decreto presidencial y no desde la notificación al afectado o al centro penitenciario; limitando la posición del graciado a, prácticamente, la de ser el sujeto destinatario de las consecuencias favorables del acto, restándole cualquier facultad dispositiva sobre el beneficio, con negación sustancial del

judicial, formando parte de la tradición republicana francesa que los decretos de gracia, a pesar de la obligatoriedad del refrendo del Primer Ministro y del Ministro de Justicia, no sean sometidos a control político. En efecto, el derecho de gracia no puede ser ejercido sin refrendo ministerial, tal y como se desprende del art. 19 de la Constitución Francesa, el cual dispone: “Los actos del Presidente de la República distintos de los previstos en los arts. 8 (párrafo 1), 11, 12, 16, 18, 54, 56 y 61 serán refrendados por el Primer Ministro y, en su caso, por los Ministros responsables”. Destaca, GARCÍA MAHAMUT⁸⁰, que, durante la elaboración de la Constitución francesa de la V República, el art. 17 apareció, en un momento determinado, excluido del campo de aplicación del refrendo⁸¹. Por su parte, la Constitución francesa de la IV República, en materia de refrendo ministerial, contemplaba de forma taxativa: “Cada uno de los actos del Presidente de la República deberá ser refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y por un Ministro” (art. 38 Constitución Francesa 1.946). Sin embargo, se pretendió, finalmente sin éxito, que los decretos de gracia, al ser actos personalísimos del Jefe del Estado, fueran excluidos del refrendo ministerial. El Consejo de Estado abortó tal posibilidad, amparándose en el artículo 38 y en “la tradición republicana”, pronunciándose en un dictamen, de 27 de marzo de 1.947, a favor de la aplicación del refrendo a los decretos de gracia⁸².

Sobre el particular, y con carácter normativo, el artículo 1 del Decreto nº 95-152 de 7 de febrero de 1.995, despeja cualquier género de duda, así “*Le décret de grâce, signé par le Président de la République, est contresigné par le ministre de la justice et, les cas échéant, le ou les ministres ayant procédé à*

derecho a la renuncia y descartando cualquier viso de encuadrar la gracia en la categoría de derechos o incluso de expectativas de derechos.

⁸⁰ GARCÍA MAHAMUT, R., op. cit., p. 107.

⁸¹ “Fue tras la intervención del comité ministerial reunido junto al General de Gaulle cuando se reintrodujo la obligación del refrendo para las medidas de gracia, sin que se percibieran exactamente los motivos que llevaron a ello”, PRÉTOT, X., op. cit., p. 1.543.

⁸² Recueil d’avis rendus par le Conseil d’État à propos des difficultés soulevées par l’organisation des pouvoirs publics, París, Serv. Legisl., 1.948, p. 55.

l'examen préalable du recours". Afirma GARCÍA MAHAMUT⁸³, que "no es de extrañar, pues, que desde la perspectiva teórico-jurídica, se califique tal situación de contradictoria o paradójica; entre otras cosas porque si bien es cierto que es el Presidente de la República quien concede o no el decreto, generalmente lo hará a tenor de las propuestas que le eleve el Ministro de Justicia. Este último se erige, realmente, como director de orquesta del derecho de gracia⁸⁴. Sin embargo, bien es cierto que el Presidente de la República no se encuentra vinculado por los expedientes que se le elevan. Lo que resulta absolutamente cierto es que, sea cual sea la decisión del Presidente de la República, el Primer Ministro y el Ministro de Justicia se ven obligados a refrendarle, compartan o no tal decisión, porque así ha sido determinado por la tradición republicana que entiende en la génesis del artículo 17 de la Constitución Francesa una competencia constitucional que le corresponde ejercer exclusivamente al Presidente de la República y que no puede ser limitada con arreglo a la ley. Latiendo, en última instancia la idea de que el ejercicio personalísimo del Jefe de Estado en esta materia prohíbe todo cuestionamiento de naturaleza política o partidista en el ejercicio de la gracia". Es de destacar, que además está vedado cualquier tipo de debate parlamentario en relación a las peticiones de gracia elevadas al Presidente de la República; una vez concedida la gracia, le es comunicada al interesado – sin tener el acto publicidad alguna- quien no está facultado, siquiera, para aceptar dicho beneficio, y menos aún para disponer su renuncia. Queda descartado control jurídico, e incluso político, alguno sobre la decisión graciosa, imponiéndose así "el acto de conciencia" del Presidente de la República⁸⁵.

⁸³GARCÍA MAHAMUT, R., op. cit., p. 109.

⁸⁴ PRÉTOT, considera al respecto que, "el poder de proposición que se reconoce al Ministro de Justicia comporta un verdadero poder de proposición: es la proposición emitida por el Ministro de Justicia, materializada a través del proyecto de decreto enviado al Eliseo, el que constituye el fundamento del procedimiento final de decisión. De hecho, en cuanto al fondo el Ministro de Justicia dispone, en virtud de su poder de proposición, de un poder de apreciación sobre la admisibilidad de las peticiones de gracia. El problema no es de pura teoría, exceptuando los expedientes importantes, el Ministro de Justicia no hace llegar al Eliseo mas que las proposiciones positivas que concreta en proyecto de decreto, lo que significa, en contrario, el rechazo de todas las demás peticiones incluso antes del examen por el Jefe del Estado"; PRÉTOT, X., op. cit., p. 1.542.

⁸⁵ Destaca, GARCÍA MAHAMUT, entre los fundamentos que han servido a considerar la negación de debate público alguno sobre las peticiones de gracia, la estrecha relación

Como única forma de que el Parlamento reciba explicación acerca de la decisión presidencial, se concibe la interpelación al Gobierno mediante preguntas orales y escritas, así como el recurso a la moción de censura; sin embargo la praxis demuestra que difícilmente a través del recurso a las preguntas al Gobierno, el Parlamento recibe por parte de éste una justificación de los motivos que inspiraron la decisión presidencial⁸⁶. La justificación parece residir en el hecho de que el Primer Ministro y el Ministro refrendante no pueden rechazar el refrendo, por lo que en consecuencia, el Parlamento no puede, materialmente, pedir explicaciones a quienes no condicionan la voluntad del Jefe del Estado. Por esta razón, el derecho de gracia no se incluye entre las competencias compartidas entre el Presidente y el Gobierno⁸⁷.

El acto gracioso, bien concediendo bien denegando el beneficio, se considera un acto personalísimo del Presidente de la República que infiere en lo judicial, y no así un acto que emana de una autoridad administrativa. Ello ha dado lugar a que el Consejo de Estado, no se entienda competente para conocer del mismo⁸⁸. La jurisprudencia del Consejo de Estado es antiquísima⁸⁹ y constante, pudiendo resumirse, siguiendo la expresión de BROUILLET, de la siguiente forma: “Las decisiones adoptadas por el Jefe del Estado, en el ejercicio de su derecho de gracia, tanto en un sentido positivo

existente entre el acto gracioso y la normativa que protege los datos personales y la relativa a la comunicación de documentos administrativos. GARCÍA MAHAMUT, R., op. cit., p. 109.

⁸⁶ En este sentido, destáquese, la respuesta del Primer Ministro BÉRÉGOVOY, P., en 1.992, ante la Asamblea Nacional, frente a la interpelación de ésta de por que se ha concedido la gracia, eximiendo la pena de 80.000 francos de multa, a los miembros de SOS-Racisme: “Il ne m’est pas possible de discuter des conditions dans lesquelles le Président de la République a pu décider ou refuser d’exercer le droit de grâce qui lui est reconnu par la Constitution” (Journal Officiel, déb. AN, séance 24 juin 1.992, p. 2715).

⁸⁷ En este sentido, RENOUX, T.S. y DE VILLIERS, M., en “Art. 17”, Code Constitutionnel (commenté et annoté), Paris, Litec, 1.994, p. 276.

⁸⁸ Sentencia de 28 de marzo de 1.947, caso Gombert.

⁸⁹ Desde 1.890 el Consejo de Estado ha rechazado el control jurídico-administrativo. El primer caso que se suele citar de jurisdicción ordinaria que rechaza entrar en el conocimiento de tales actos presidenciales se cifra en 1.894 (Cass. Crim., 19 de enero de 1.894, Winter et Roberteau, Bull. Crim., 18, citado por PRÉTOT, X., op. cit., p. 1.567).

como negativo, no pueden, por su naturaleza, ser contestadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa, tanto desde la perspectiva de su legalidad como bajo la óptica de la responsabilidad del Estado”⁹⁰.

Todo ello no ha sido óbice para que un sector doctrinal haya dilucidado la base jurídica que diera cobertura y conveniencia a un control jurídico del acto continente de la decisión presidencial⁹¹. En este sentido, PRÉTOT, llegó a la afirmación de que, a partir de la relación que se producía en la práctica entre el acto de la gracia con el acto de Gobierno, el decreto de gracia debía concebirse como acto administrativo y no como acto de Gobierno. Así debería imponerse la consagración de la naturaleza administrativa del poder de otorgar la gracia, lo que respondería a la preocupación práctica de abrir un recurso al condenado excluido irregularmente del beneficio de la gracia; lo que combinado con la idea de que el Jefe del Estado es constitucionalmente dueño de la decisión final, haría que “el carácter incondicional del poder de otorgar la gracia que deriva de las disposiciones de la propia Constitución constriñe un control eventual a los elementos de competencia y de forma (...) Un control más profundo podría aplicarse a las operaciones de instrucción de las peticiones de gracia efectuadas por los servicios del Ministerio de Justicia”⁹².

La “gracia” o indulto particular en el Ordenamiento Jurídico Francés se define en el artículo 17 de la Constitución Francesa como “el acto mediante el cual el Presidente de la República modifica las condiciones de ejecución de una pena a la que una persona ha sido condenada”. Modificación que puede consistir bien en la remisión total o parcial de la condena o en su conmutación para el caso de la pena capital. Por su parte, la amnistía, a diferencia del “derecho de gracia”, se define como “acto mediante el cual el Parlamento

⁹⁰ BROUILLET, A., op. cit., p. 351.

⁹¹ Cabe destacar que en el Ordenamiento Español por el contrario, aun quedando un largo camino por recorrer, hasta la configuración de un sistema donde exista un verdadero control jurídico de la gracia y donde su ejercicio abandone de los peligrosos contornos de lo arbitrario, cabe apuntar que están más o menos dibujados elementos reglados que condicionan su libérrimo ejercicio, descartando su concepción como acto personalísimo del titular de la prerrogativa.

⁹² PRÉTOT, X., op. cit., p. 1.567.

cancela una infracción”⁹³. Manifestaciones ambas de la clemencia, con casi idéntica significación a la nacional como medios de extinción de penas, que no sólo encuentran actual cobijo constitucional sino que lo han encontrado históricamente.

El Capítulo III del Código Penal Francés, con la rúbrica “De la extinción de las penas y de la cancelación de las condenas”, conceptúa en su artículo 133.1 a la gracia y a la amnistía como causas que impiden o paralizan la ejecución de la pena. Por su parte los apartados 7 y 8 del artículo 133 del Código Penal Francés, integrados en la Sección Segunda (De la Gracia) preceptúan, respectivamente, que: “La gracia comporta únicamente la dispensa de ejecutar la pena” y que “la gracia no constituye un obstáculo para que la víctima pueda obtener reparación por el perjuicio sufrido a causa de la infracción”. Asimismo es la Sección tercera del mencionado Capítulo el que contiene aquellos apartados referidos a la amnistía: “La amnistía cancela las condenas pronunciadas. Comporta, sin que por ello pueda dar lugar a restitución de los objetos confiscados, la remisión de todas las penas. Restablece al autor o al cómplice de la infracción en el beneficio del permiso que le pudiera haber sido concedido con motivo de una condena anterior” (art. 133.9). Amnistía que en caso alguno puede perjudicar a terceros (art. 133.10). El apartado 11 del citado artículo contiene la prohibición expresa a toda persona “que en el ejercicio de sus funciones tenga conocimiento de condenas penales, de sanciones disciplinarias o profesionales o de prohibiciones, inhabilitaciones o incapacitaciones canceladas por la amnistía, el traer a colación su existencia bajo cualquier forma o el dejar subsistir su mención en cualquier tipo de documento. Sin embargo, el original de los autos judiciales escapa a esta prohibición. Además, la amnistía no impide la ejecución de la publicación que se ordene a título de reparación”. Es así que la amnistía ostenta un gran poder desterrador de los efectos del delito, lanzando el hecho al olvido jurídico.

⁹³ En este sentido, AVRIL, P. y GICQUEL, J., en *Lexique de Droit constitutionnel*, París, PUF, 1.994, p. 47.

En definitiva “la gracia” no tiene más efecto que dispensar al interesado, entera o parcialmente, de la ejecución de su pena; subsiste la pena con todos sus efectos y consecuencias, inclusive la eventual aplicación de la amnistía. La remisión total o parcial de la pena por la vía de la gracia, aún si la concesión es colectiva⁹⁴, es una modalidad de ejecución de la pena que produce los mismos efectos que la ejecución natural; en este sentido apunta, GARCÍA MAHAMUT, que sería conforme a Derecho que un Tribunal de Apelación al que se someta un incidente de ejecución estime que un condenado a pena de seis meses de prisión que se haya visto beneficiado por una remisión graciosa de seis meses satisfaga la condición del plazo previsto por el artículo 729.2 del Código de Procedimiento Penal a efectos de su libertad condicional⁹⁵. Por ende, podemos añadir que en el ordenamiento francés la gracia, como nuestro indulto particular, puede ser parcial o total, así como afectar únicamente a la pena principal o incluir, asimismo, las penas accesorias. Penas accesorias, que como ocurre en nuestro sistema, ante la ausencia de mención en el acto de concesión, quedan al margen de la gracia. Igualmente la gracia puede ser concedida afecta a una condición, tal cual puede ser, a título de ejemplo, la de no delinquir durante el tiempo que reste por cumplir la condena. Cuando la condición impuesta consiste en el pago de una suma suplementaria, suma que es ajena a la multa a cuyo pago queda obligado el sancionado, nos encontramos ante las denominadas “gracias venales” o “gracias que se compran”, fuertemente criticadas en la década de los setenta⁹⁶, desplegando únicamente sus efectos sobre las penas correccionales y las de policía, y en caso alguno sobre las sanciones penales.

⁹⁴ De forma equivalente a nuestros indultos generales.

⁹⁵ GARCÍA MAHAMUT, R., op. cit., p. 98.

⁹⁶ Crítica que encuentra su fundamento en que el hecho de afectar la concesión de la gracia al pago de un precio es atentatorio al principio de igualdad en cuanto que hará depender su concesión de factores patrimoniales. “Ello es criticable, sobre todo, si nos situamos en el terreno de la equidad, en la medida en que impregna el derecho de gracia de preocupaciones de orden patrimonial. Propicia el desarrollo de condiciones para una justicia clasista, dando a los pudientes la posibilidad de escapar, pagando un cierto precio, a la promiscuidad de la prisiones”, BROUILLET, A., op. cit., p. 349.

La gracia puede ser concedida con alcance colectivo, de forma similar a nuestros indultos generales, “se trata de medidas colectivas adoptadas de manera anónima con ocasión de un acontecimiento o una fiesta; beneficia a todas las categorías de condenados definidos en dicha medida colectiva de gracia, cualesquiera que sean sus méritos”. Es más, “a menudo responden como ciertas amnistías a la preocupación por poner límite a una población penitenciaria demasiado saturada. Así, por ejemplo, la gracia del 14 de julio de 1985 condujo a la puesta en libertad de cerca de 3.000 personas”⁹⁷.

Apunta, GARCÍA MAHAMUT, el estrecho paralelismo que guarda el derecho de gracia francés con el indulto patrio, “ello queda evidenciado tanto de una perspectiva penal –al constituir un medio de extinción de las sanciones penales afectando a las penas definitivas, ejecutorias- como desde una perspectiva constitucional, dado que la gracia se atribuye por mandato constitucional al Presidente de la República”⁹⁸. La amnistía, por su parte, por mandato constitucional expreso, solo puede ser regulada por ley, achacándole constituir al mismo tiempo un atentado al principio de separación de poderes⁹⁹.

III. LA PRERROGATIVA DE GRACIA EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO:

En Italia, y siguiendo a BARILE, “el poder de gracia se articula en el poder de amnistía, que es un medio de extinción del delito; de indulto, que es un medio de extinción general de la pena (total o parcial), y de gracia en

⁹⁷ RAINGEARD DE LA BLETIERE, L.M., op. cit., p. 562.

⁹⁸ GARCÍA MAHAMUT, R., op. cit., p. 99.

⁹⁹ Obsérvese la contundente afirmación de ARDANT: “Bajo el título “derecho de gracia (o clemencia del príncipe)” se entiende en Francia que es una prerrogativa tradicional del Jefe del Estado y, al mismo tiempo, un atentado al principio de separación de poderes”, ARDANT, P., en *Institutions politiques & Droit constitutionnel*, París, LGDJ, 1.998, p. 501.

sentido estricto, que es un medio de extinción o de reducción o de conmutación de la pena individual”¹⁰⁰.

En el Ordenamiento italiano y teniendo en cuenta la reforma constitucional operada en virtud de la Ley Constitucional núm. 1, de 6 de marzo de 1.992, de *“Revisione dell’ articolo 79 de la Costituzione in materia di concessione di amnistia e indulto”*, son equivalentes los términos *“indulto”*, *“grazia”* y *“amnistia”*, acuñados tradicionalmente, con nuestros indultos generales, particulares y la amnistía.

La Constitución Italiana de 1.947 utilizaba el término amnistía e indulto en su art. 79¹⁰¹ y la gracia en el art. 87¹⁰². Sin embargo, el art. 79 ha sido profundamente modificado, así mientras con anterioridad a la reforma el constituyente atribuía la facultad de amnistiar y de indultar al Presidente de la República previa ley de delegación de las Cámaras, sin exigencia de mayorías para su aprobación, con su reforma se exige que la aprobación sea por ambas Cámaras con mayoría de dos tercios. Dispone el artículo 79, tras su reforma, *“L’ amnistia e l’ indulto sono concessi con legge deliberata a maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera, in ogni suo articolo e nella votazione finale. La legge che concede l’ amnistia e l’ indulto stabilisce il termine per la loro applicazione. In ogni caso l’ amnistia e l’ indulto non possono applicarsi ai reati commessi successivamente alla presentazione del disegno di legge”*.

Destáquese que si bien en el Ordenamiento italiano como en el español se concibe el indulto como un medio de extinción de la pena, no así la amnistía

¹⁰⁰ BARILE, P., en *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Ed. Cedam, Padova, 1.999, p. 316.

¹⁰¹ Siendo su tenor literal con anterioridad a la reforma: *“L’ amnistia e l’ indulto sono concessi dal Presidente della Repubblica su legge di delegazione delle Camere. Non possono applicarsi ai reati commessi sucesivamente alla proposta di delegazione”*.

¹⁰² “En materia de gracia y de conmutación de la pena, el art. 87 CI no ha sufrido modificación alguna, de forma que, atendiendo a su tenor literal, el Presidente d la República puede conceder la gracia y conmutar las penas”, GARCÍA MAHAMUT, R., op. cit., p. 100.

que a diferencia es considerada un medio de extinción del delito¹⁰³. El Título V del Código Penal italiano, con la rúbrica “De la extinción del delito y de la pena”, dedica su Capítulo I a la extinción del delito e incluye, entre otros, un art. 151 con el siguiente tenor literal: *“Amnistia. L’amnistia estingue il reato, e se vi é stata condanna, fa cessare l’esecuzione della condanna e le pene accesorie. Nel concorso di più reati, l’amnistia si applica ai singoli reati per i quali è concessa. L’estinzione del reato per effetto dell’amnistia é limitata ai reati commesi a tutto il giorno precedente la data del decreto, salvo che questo stabilisca una data diversa. L’amnistia può essere sottoposta a condizioni o ad obblighi. L’amnistia non si applica ai recidivi, nei casi preveduti dai capoversi dell’articolo 99, né ai delinquenti abituali o professionali o por terdenza, salvo che il decreto disponga diversamente”*.

Asimismo, el art. 174 del Código Penal italiano, referido al indulto y la gracia, está integrado en el Capítulo II del mismo Título V, cuya rúbrica no es otra que *“Della estinzione della pena”*, y cuyo tenor literal es el siguiente: *“Indulto e grazia. L’indulto o la grazia condona, in tutto o in parte, la pena inflitta o la commuta in un’altra specie di pena stabilita dalla legge. Non estingue le pene accessorie, salvo che il decreto disponga diversamente, e neppure gli altri effetti penali della condanna. Nel concorso di più reati, l’indulto si applica una sola volta, dopo cumulate le pene, secondo le norme concernenti il concorso dei reati. Si osservano, per l’indulto, le disposizioni contenute nei tre ultimi capoversi dell’articolo 151”*.

Siendo el indulto y la gracia medios de extinción de la pena y no del delito, conviene subrayar, siguiendo a GARCÍA MAHAMUT, por una parte, que

¹⁰³ Entiendo cualitativamente más acertado la concepción italiana de considerar la amnistía como un medio de extinción del delito y no de la pena, como ha sido tratada en el derecho español, en primer lugar por cuanto que no es cierto que la amnistía produzca en todo caso la extinción de la pena ya que en ocasiones la misma puede ser concedida sin existir condena, incluso antes del enjuiciamiento y procesamiento y, en segundo lugar porque de extinguir la pena, sus efectos se extienden mucho más allá de la misma, alcanzando al propio hecho delictivo que lo lanza al olvido como si nunca se hubiera ejecutado; de este modo considerar la amnistía como un medio de extinción de la pena es una consideración parcial y siempre condicionada al supuesto en que se haya impuesto una pena, mientras que la amnistía, en todo caso, supone un medio de extinción del delito, que, tras su concesión, se tiene por no ejecutado.

el indulto en el ordenamiento italiano¹⁰⁴ es un medio de extinción general de la pena, pudiendo ser total o parcial, mientras que la gracia es un medio de extinción, o de reducción, individual de la misma. Indultos, con carácter general, que cuentan con cobertura constitucional¹⁰⁵ exigiéndose en la misma para su concesión de una ley aprobada con mayoría de dos tercios en las dos Cámaras; por su parte, la gracia, con efectos individuales, se confía en última instancia a la voluntad del Presidente de la República¹⁰⁶.

Es de destacar en lo que se refiere al indulto en el ordenamiento italiano, actualmente exceptuado del haz de facultades del Jefe del Estado, que era voluntad del Constituyente, como quedó plasmado en la redacción originaria del artículo 79 de la Constitución Italiana, atribuir la potestad del ejercicio de los indultos y amnistías al Presidente de la República, si bien mediante ley de delegación de las Cámaras¹⁰⁷.

Dicha configuración, apunta GARCÍA MAHAMUT¹⁰⁸, no quedaría exenta de interrogantes jurídicos necesitados de solución, así por una parte los derivados de la propia naturaleza del procedimiento de aprobación de los actos de amnistía e indulto, y por otra los derivados de la indefinición de la relación entre el Jefe del Estado y el Gobierno.

¹⁰⁴ Guardando una estrecha similitud a nuestros indultos generales.

¹⁰⁵ Si bien en nuestro ordenamiento jurídico, los indultos generales están indubitadamente proscritos por mandato constitucional expreso, en el ordenamiento italiano, por contra, los indultos (generales), aunque excluidos del ámbito de prerrogativas del Jefe del Estado, cuentan con previsión constitucional atribuyendo la titularidad de su ejercicio al Parlamento, el cual precisa de la aprobación de una ley aprobada en las dos Cámaras con mayoría de dos tercios.

¹⁰⁶ La gracia, con efectos en gran medida homologables a nuestros indultos particulares, queda reservada, en virtud del artículo 87 de la Constitución Italiana, a la titularidad del Presidente de la República.

¹⁰⁷ Disposición que se sustentaba en la idea de despojar al Gobierno de su tradicional facultad de otorgar indultos, lacrada con su habitual uso abusivo; en este sentido ANTOLISEI, afirma que "las penas solemnemente infligidas por los jueces en las sentencias de condena se han tornado ilusorias por amnistías e indultos concedidos a cada paso, frecuentemente en ocasiones de fútiles acontecimientos y festividades y a veces hasta con la finalidad no reconocida de desocupar las cárceles" (ANTOLISEI, F., Manual de Derecho Penal. Parte General, Bogotá, Temis, 1.988, p. 532).

¹⁰⁸ GARCÍA MAHAMUT, R., op. cit., p. 112.

Por su parte la gracia, homologable como dijimos a nuestro indulto particular, ha sido entendido, siguiendo a SELVAGGI, “como una válvula de seguridad para mitigar, en casos particulares, los rigores injustos de la ley sobre el presupuesto de que en la práctica legislativa no es posible contemplar un tratamiento absolutamente individualizado”¹⁰⁹. Dicho desde la perspectiva penal, “la gracia no puede revestir otra función que la de servir de extremo remedio a los imprevisibles efectos perversos del sistema penal que los institutos vigentes, como lo es, por ejemplo, el juicio de revisión, no consiguen evitar, asegurando así la justicia al caso concreto”¹¹⁰.

Aunque la facultad de gracia queda indubitadamente atribuida al Presidente de la República, por mandato expreso contenido en el artículo 87 de la Constitución Italiana, existe disenso en la doctrina acerca de si el acto de concesión, es un acto preeminentemente presidencial o sustancialmente ministerial¹¹¹.

Si bien el procedimiento de ejercicio de la gracia se inicia mediante propuesta del Ministro de Gracia y Justicia elevada al Presidente de la República, éste en poco queda vinculado con la referida propuesta ministerial, ostentando así, en lo relativo a su concesión una muy cualificada facultad discrecional, pudiendo incluso no asumir el acto de gracia propuesto¹¹². Se cotejan numerosos supuestos en los que el Presidente de la República ha modificado sustancialmente el contenido de las propuestas ministeriales¹¹³,

¹⁰⁹ SELVAGGI, E., en “Grazia (Dir. Cost.)”, Enciclopedia giuridica, XV, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, Treccani, 1.989, p.2.

¹¹⁰ REALI, R., en “Grazia (Dir. Pen.)”, Enciclopedia Giuridica, XV, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, Treccani, 1.989, p. 4.

¹¹¹ En cualquier caso, las tesis esgrimidas, como en su momento apuntó ZAGREBELSKY, no resultan en absoluto decisivas (ZAGREBELSKY, G., en “Grazia (Dir. Cost.)”, Enciclopedia del Diritto, vol. XXI, Roma, Giuffrè, 1.971, p. 763.

¹¹² En este sentido, entre otros, SALERNO, G.M., en “Art. 87”, CRISAFULLI y PALADÍN (dirs.), Comentario breve alla Costituzione, Padova, Cedam, 1.990, p. 546.

¹¹³ Apunta CAMERINI, que con posterioridad a 1.948 no se dieron casos de decretos de gracia emanados del Presidente de la República sin la previa propuesta ministerial. Sin embargo, en ocasiones tras la presidencia de Gronchi, se verificaron supuestos no sólo de propuestas, sino también “di intervento sostanziale nella modifica del provvedimento, sia per ciò che riguarda l’entità del beneficio, sia anche per le modalità delle condizioni aposté all’atto” (vid. CAMERINI,

bien extendiendo bien reduciendo el beneficio, sometiéndolo a condición, suprimiendo variando la fijada en la propuesta,....

Sin embargo, subraya GARCÍA MAHAMUT¹¹⁴, “ello no constituye un elemento definitivo que configure la preeminencia del acto presidencial frente al acto ministerial, porque, como también se ha hecho notar, el Presidente de la República no adopta una medida de gracia sin la previa propuesta del Ministro de Gracia y Justicia, y, en cualquier caso, de éste vendrá la contrafirma ministerial. Por su parte, SELVAGGI¹¹⁵, no es partidario de entender el acto de gracia como eminentemente presidencial dada la relevancia de la participación ministerial, hasta el extremo de calificarla como de decisiva.

Ha de significarse que las tendencias doctrinales que participan de la consideración del acto de gracia como eminentemente presidencial, se apoyan fundamentalmente, entre otros argumentos, en el hecho de que la doctrina, con anterioridad al Código Procesal Penal de 1.988, reconocía, en cualquier caso, al Presidente la facultad de iniciativa en materia de gracia. Asimismo, ZAGREBELSKY, aun reconociendo la susodicha iniciativa presidencial, apostillaba que “la vía procesal que tal iniciativa habría de seguir, parece obvio que es la de transmitir la noticia al Ministro para que se lleve a cabo la instrucción de la gracia, que el Presidente no está en grado de cumplir. Siendo ello así, será el Presidente el que, si lo tiene a bien, propondrá la gracia o, en caso contrario, decidirá su archivo”¹¹⁶.

La reforma operada en 1.988 del Código Procesal Penal omitía cualquier atribución al Presidente de la República en orden al ejercicio de la iniciativa en materia de gracia, pudiendo deducirse de su articulado que en él reside, en ausencia de solicitud o propuesta, el peso de la decisión final; todo

G., en *La grazia, la liberazione condizionale e la revoca anticipata delle misure di sicurezza*, Padova, 1.967, pp. 19 y ss.).

¹¹⁴ GARCÍA MAHAMUT, R., op. cit., p. 114.

¹¹⁵ SELVAGGI, E., op. cit., p. 4.

¹¹⁶ ZAGREBELSKY, G., en “*Grazia (Dir. Cost.)*”, op. cit., p. 764.

ello, sin perjuicio de que el acto en que esta se materialice precise del refrendo ministerial, por exigencia constitucional expresa. Así el artículo 681, en su apartado 4, dispone que: “La gracia puede ser también concedida aun en ausencia de solicitud o propuesta (...)”. Supuesto en el cual, el Presidente de la República está autorizado para decidir la gracia sin necesidad de canalizar formalmente el parecer del Ministro de Gracia y Justicia.

El procedimiento de ejercicio de la gracia viene establecido, esencialmente, en el artículo 681 (“*Provvedimenti relativi alla grazia*”) del Código Procesal Penal, cuyo tenor literal es el siguiente: “1. *La domanda di grazia, diretta al Presidente della Repubblica, è sottoscritta dal condannato o da un suo prossimo congiunto o dal convivente o dal tutore o dal curatore ovvero da un avvocato o procuratore legale ed è presentata al Ministro di grazia e giustizia. 2. Se il condannato è detenuto, o internato la domanda può essere presentata al magistrato di sorveglianza, il quale, acquisiti tutti gli elementi di giudizio utili e le osservazioni del procuratore generale presso la corte di appello del distretto ove ha sede il giudice indicato nell’articolo 665, la trasmette al Ministro con il proprio parere motivato. Se il condannato non è detenuto o internato, la domanda può essere presentata al predetto procuratore generale il quale, acquisite, le opportune informazioni, la trasmette al Ministro con le proprie osservazioni. 3. La proposta di grazia è sottoscritta dal presidente del consiglio di disciplina ed è presentata al magistrato di sorveglianza, che procede a norma del comma 2. 4. La grazia può essere concessa anche in assenza di domanda o proposta. Emesso il decreto di grazia, il pubblico ministero presso il giudice indicato nell’articolo 665 ne cura la esecuzione ordinando, quando è il caso, la liberazione del condannato e adottando i provvedimenti conseguenti. 5. In caso di grazia sottoposta a condizioni, si provvede a norma dell’articolo 672 comma 5’.*

Destaca GARCÍA MAHAMUT, que “en los trabajos preparatorios del Código Procesal Penal se pretendió, por parte de la Comisión Ministerial, en la redacción dada al artículo 672, texto originario del Proyecto Preliminar, disponer que la solicitud de la gracia se presentara al “*magistrato di sorveglianza*” innovando así radicalmente lo que hasta ese momento el

procedimiento preveía (acogiendo de esta forma una visión en la que en el plano procesal-penal el instituto de la gracia “ejerce una función correctiva-equitativa de los rigores de la ley, pero cumple, también e incluso, las más de las veces, el rol de instrumento de resocialización a la luz de los resultados del tratamiento reeducativo”)”¹¹⁷.

Sin embargo, indica SELVAGGI, que tal diseño procesal de la gracia fue objeto de profundas críticas dada la sustracción al poder político de tal instituto; de ahí que la redacción definitiva del art. 681 prevea que “la solicitud de gracia (...) se presenta ante el Ministro de Gracia y Justicia” y que se “podrá conceder la gracia también en ausencia de demanda o propuesta”; disposición, que tras su redacción definitiva, entiende SELVAGGI, se ha hecho cargo realmente de los relieves políticos de la gracia y mantiene las características que el instituto había adquirido sobre el plano de la práctica y de su historia constitucional¹¹⁸.

IV. LA PRERROGATIVA DE GRACIA EN EL ORDENAMIENTO ALEMÁN:

Lejos de intentar abarcar una exposición detallada de la regulación de la gracia en el ordenamiento alemán, pasaremos a continuación a analizar determinadas peculiaridades de su sistema trazando las líneas doctrinales que a nuestro entender pueden despertar mayor interés en el seno de un estudio de derecho comparado.

La Ley Fundamental de Bonn atribuye al Presidente de la Federación la facultad de otorgar la gracia en cada caso particular (art.60.2), quien lo ejerce

¹¹⁷ GARCÍA MAHAMUT, R., op. cit., p. 115.

¹¹⁸ SELVAGGI, E., op. cit., p. 5.

en nombre de la Federación. El apartado 3 del mismo artículo, establece que éste “podrá delegar estas facultades en otras autoridades”. Ninguna disposición más dedica la Constitución de la República Federal Alemana a la gracia. Sin embargo, apunta GARCÍA MAHAMUT¹¹⁹, que dada la existencia de un Estado Federal, los Länder pueden prever en materia de indulto el ejercicio de los mismos atendiendo a los límites impuestos por el art. 452 del Código Procesal alemán (StPO), que señala lo siguiente: “En cuestiones en las que haya decidido en primera instancia en el ejercicio de la jurisdicción de la Federación, el derecho de indulto le corresponderá a la Federación. En todos los otros asuntos les competirá a los Estados Federados”. Así, por ejemplo, la Constitución del Estado libre de Baviera atribuye de forma expresa el ejercicio del indulto particular al Ministro-Presidente del Gobierno bávaro; facultad que se atribuye a través del mandato recogido en el artículo 47.4 de la Constitución bávara, el cual preceptúa: “El Ministro-Presidente preside el Gobierno y dirige sus asuntos. Fija las directivas de la política y asume la responsabilidad de ellas ante el *Landtag*. Representa a Baviera en el exterior. Ejerce el derecho de gracia en cada caso particular. Envía al *Landtag* los proyectos de ley del Gobierno”. Por su parte la Constitución de *Baden-Württemberg* atribuye el ejercicio del derecho de gracia al Ministro-Presidente quien, de acuerdo con el Gobierno, podrá delegarlo en otras autoridades.

La configuración marcadamente federal del sistema alemán dota a los Gobiernos Länder, que así lo prevean en sus respectivas constituciones, de gran capacidad dispositiva en materia relativa al ejercicio del indulto particular. Obviamente, apunta GARCÍA MAHAMUT¹²⁰, “ello no es más que un reflejo de las características propias de los modelos federales que, aun como ocurre de forma mayoritaria en el continente europeo, en el que la función jurisdiccional es fundamentalmente competencia de la Federación, distinguen entre una serie de delitos cuya competencia jurisdiccional corresponde bien a los Tribunales de la Federación bien a los Tribunales de los *Länder*. Ello se desprende, básicamente, del art. 95.1 y 3 LFB y el art. 452 de la Ley Procesal Penal

¹¹⁹ GARCÍA MAHAMUT, R., op. cit., p. 116.

¹²⁰ GARCÍA MAHAMUT, R., op. cit., p. 117.

alemana (StPO)¹²¹, que deben ser puestos en conexión, básicamente, con el art. 120 de la Ley orgánica de los Tribunales (GVG)¹²².

En este sentido cabe destacar, siguiendo a HEYDE¹²³, que la esencia del Estado Federal no radica únicamente en la existencia de los Länder y de la Federación, sino, asimismo, en la división de varios órdenes jurisdiccionales autónomos.

La Ley Fundamental de Bonn además de prever diversos órdenes jurisdiccionales (civil y penal, administrativo, financiero, laboral y social), preceptúa al mismo tiempo que la Federación creará Tribunales Supremos sobre tales órdenes (art. 95.1 LFB). Garantiza, en consecuencia, la Ley Fundamental de Bonn una “tramitación por instancia desde los tribunales de los Länder a un Tribunal Supremo Federal”¹²⁴.

Asimismo la Federación puede crear otros Tribunales Federales, así como delegar el ejercicio de la jurisdicción federal a los Tribunales de los Länder (art. 96 LFB)¹²⁵, conociendo, en todo caso, en segunda instancia, el Tribunal Supremo Federal¹²⁶.

¹²¹ Strafprozeßordnung.

¹²² Gerichtsverfassungsgesetz.

¹²³ HEYDE, W., en “La jurisdicción”, en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE Y HEYDE, Manual de Derecho Constitucional, Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 775.

¹²⁴ HEYDE, W., idem, p. 775.

¹²⁵ “En efecto, a tenor de los cuatro primeros apartados del art. 96 LFB, la Federación puede crear una Corte Federal para asuntos de la protección de la propiedad industrial, Tribunales Penales Militares como Tribunales Federales para las Fuerzas Armadas (con las limitaciones impuestas por el apartado 1 y 2 del citado artículo) y Tribunales Federales que decidan en procedimientos disciplinarios y de queja respecto a las personas que se hallen frente a ella en una relación de servicio de Derecho Público”, GARCÍA MAHAMUT, R., op. cit., p. 118.

¹²⁶ El apartado 5 del art. 96 de la Ley Fundamental de Bonn, dispone que “respecto a los procesos penales sobre materias contempladas en el art. 26, apartado 1, y referentes a las defensas del Estado, podrá establecerse por ley federal, con la aprobación del *Bundesrat*, que los tribunales de los *Länder* ejerzan la jurisdicción de la Federación”.

Corresponde a los Tribunales Superiores de los Länder la competencia jurisdiccional federal en primera instancia y en sentido material respecto a determinados delitos expresamente detallados en el art. 120 de la Ley Orgánica de los Tribunales alemanes (GVG)¹²⁷. Pero en este sistema, de haberse impuesto una condena por un Tribunal Superior de Justicia de los Länder en ejercicio de la jurisdicción federal delegada, la petición de indulto que la misma pudiera dar lugar se tramitaría ante la Federación, correspondiendo las facultades decisorias al Presidente federal, quien generalmente suele delegar en el Ministro de Justicia¹²⁸.

En todos los demás supuestos, la facultad de indulto se atribuye a los Estados federados, concretamente al Gobierno de los *Länder* a través del Presidente-Ministro, quien, a su vez, puede delegar en otras autoridades.

Aun así lo decisivo en cuanto al indulto particular se refiere, es el órgano jurisdiccional que conoció el asunto en primera instancia, aun en el supuesto de haber sido declarado firme la sentencia de condena por el Tribunal Supremo

¹²⁷ Las materias atribuidas a la competencia jurisdiccional en primera instancia de los tribunales de los Länder, en virtud del art. 120 GVG son básicamente las siguientes: traición a la paz (art. 80 StGB); alta traición (arts. 81-83 StGB); traición a la patria y puesta en peligro de la seguridad exterior (arts. 94 a 100a StGB); hechos punibles a que hace referencia el art. 30 c de la Ley de Patentes, el 3a de la Ley sobre Modelos Registrados en relación con el art. 52 de la Ley de Patentes; en caso de agresión contra órganos y representantes de Estados extranjeros (art. 102 StGB); en caso de delito contra un órgano constitucional (en los casos de los arts. 105 y 106 StGB); en caso de contravención de la prohibición de asociación (art. 129 StGB); en caso de omisión de denuncia de los hechos punibles a que se refiere el art. 138 StGB, si la omisión de denuncia afectara a un hecho punible que pertenezca a la competencia del Tribunal Superior del Land; en caso de genocidio (art. 220a StGB). El art. 120 GVG recoge en su primer apartado: "Los Tribunales Superiores de los Länder serán además competentes en primera instancia para conocer de la vista y resolución en caso de hechos punibles mencionados en el art. 74a si el Fiscal General Federal, a causa de la especial importancia del caso, aceptara la persecución conforme al art. 74a (...)". En su segundo apartado sigue enumerando delitos concretos tales como: asesinato (art. 211 StGB); asociación en determinado supuestos; secuestro (art. 239b StGB); incendio provocado especialmente grave (art. 307 StGB); provocación de explosión; liberación de energía nuclear (art. 310b StGB); radiación de iones con abuso (art. 311a StGB); provocación de inundación que ponga en peligro la vida (art. 312 StGB); ataque al tráfico aéreo o marítimo (art. 316c StGB), y envenenamiento de peligro social (art. 319 StGB). Finalmente, el art. 120 GVG prevé, expresamente, haciendo eco del mandato del art. 96.5 LFB: "En tanto estuviera fundada conforme al art. 142a la competencia de la Federación para la persecución de las causas penales, ejercerán estos Tribunales Superiores de los Länder la jurisdicción conforme al art. 96.5 de la Ley Fundamental".

¹²⁸ A este respecto, ha de tenerse en cuenta la Ordenanza de la Presidencia Federal de 5 de octubre de 1.965 en materia de gracia.

Federal, así y a título de ejemplo, siguiendo a MAURACH, “el Jefe del Estado de Baviera es también competente para el indulto de un condenado por un Tribunal bávaro de jurados, aun cuando la sentencia hubiere quedado firme sólo como consecuencia de la decisión de casación del Tribunal Supremo Federal”¹²⁹. Por su parte, no debe olvidarse que es al Ministerio Fiscal a quien corresponde la tramitación los expedientes en materia de indultos y actúa tanto de autoridad encargada de la ejecución como del ejercicio del derecho de gracia¹³⁰. Todo ello entronca con las funciones que le corresponden ejercer al Ministerio Fiscal en el ordenamiento alemán¹³¹.

Resulta especialmente ilustrativo para nuestro estudio el tratamiento de la Amnistía en el Ordenamiento alemán, por el hecho de que, al igual que en nuestra Carta Magna, la Ley Fundamental de Bonn omite cualquier alusión a dicha manifestación de la gracia, en contraposición a los supuestos francés e italiano. Omisión que ha dado lugar a una densa aportación doctrinal al respecto, impulsada en gran medida por el reconocimiento de la constitucionalidad de determinadas leyes de amnistía, por parte del Tribunal Constitucional alemán. La doctrina alemana, considera la amnistía en contraposición al indulto, definiéndola JESCHECK, como “la concesión de la impunidad a través de una ley que se promulga para una pluralidad de casos con unas características comunes”¹³². En un mismo sentido, MAURACH, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán¹³³, significa que “la amnistía sólo puede tener lugar en la forma de una ley, es decir, de una norma abstracta y general que deba regir no sólo para las consecuencias

¹²⁹ MAURACH, R., en Derecho Penal. Parte General, actualizada por GÖSSEL, K. H. y ZIPF, H., Buenos Aires, Astrea, 1.995, p. 965. En este mismo sentido, JESCHECK, H. H., en Tratado de Derecho Penal. Parte General, vol. II, traducción y adiciones de Derecho español de MIR PUIG, S. y MUÑOZ CONDE, F., Barcelona, Bosch, 1.981, p. 1255.

¹³⁰ JESCHECK, H. H., *idem*, p. 1256.

¹³¹ Al respecto, entre otros, GÓMEZ COLOMER, J.L., en El Ministerio Fiscal en el Derecho comparado, Revista de Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal, núm. VI, 2.001, pp. 99 ss. y “El modelo alemán del Ministerio Público: aspectos organizativos y funcionales”, Revista de Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal, núm. IV, 1.999, pp. 127 ss.

¹³² JESCHECK, H. H., *op. cit.*, p. 1254.

¹³³ BVerfGE 2, 222, y BVerfGE 10, 239.

penales de un caso particular, sino “de hechos punibles ilimitados e indeterminados, caracterizados conforme a tipos”¹³⁴.

Ciertamente, el Tribunal Constitucional alemán ha declarado la constitucionalidad de conceder amnistías mediante una ley formal en el ámbito de la Federación¹³⁵. Pero a falta de previsión constitucional expresa sobre si en este ámbito la competencia es exclusiva de la Federación, de los *Länder*, o si la competencia es compartida por ambos, la praxis ha ido atribuyendo la facultad a los *Länder* de dictar “leyes especiales que, en todo caso, sólo tienen eficacia en el territorio respectivo del *Länder*”¹³⁶.

Los límites formales y materiales que delimitan el ejercicio de la amnistía han sido objeto de un profundo debate doctrinal, especialmente impulsado a raíz de los polémicos supuestos de amnistías concedidas en el seno de procesos con importantes connotaciones políticas¹³⁷. MARXEN¹³⁸, entre otros, ha expuesto con gran acierto sistemático los límites que, a su juicio, vinculan a las leyes de amnistía.

¹³⁴ MAURACH, R., op. cit., p. 965.

¹³⁵ Los motivos que, el Tribunal Constitucional alemán ha validado como legítimos para la concesión de amnistías son, agrupadas al modo que de las mismas ha realizado PÉREZ DEL VALLE, los que siguen: “a) Punto final de una situación pasada y conocimiento de una nueva situación en el Estado. b) No aplicación de normas obsoletas después de una modificación profunda del derecho material. c) Restablecimiento de la paz jurídica después de un tiempo de grave inseguridad jurídica o anarquía”, PÉREZ DEL VALLE, C., en Amnistía, Constitución y justicia material, REDC, núm. 61, 2.001, p. 196.

¹³⁶ MAURACH, R., op. cit., p. 965.

¹³⁷ En este sentido, destáquese la posición mantenida por SCHÜNEMANN en relación a la amnistía que se produce en el contexto del denominado “escándalo de donaciones a partidos políticos”, SCHÜNEMANN, en Amnestie und Grundgesetz, ZRP, 1.984, pp. 137 ss.

¹³⁸ MARXEN, en Rechtliche Grenzen der Amnestie, 1.984, pp. 17 ss.

CAPÍTULO TERCERO:

TRATAMIENTO DE LA GRACIA DE INDULTO EN ESPAÑA:

1. CONCEPTO:

Angosta solución encuentra el propósito de fijar una adecuada definición del indulto particular, que reconcilie sus pretéritos elementos configuradores, sus señas de identidad, con las modulaciones que el constitucionalismo democrático le ha exigido en pro de su supervivencia.

Antes de entrar a suscribir un concepto más o menos aproximado o preciso del indulto particular, se hace conveniente despejar ciertas incógnitas, así como delimitar los caracteres que identifican tan vetusta institución.

El indulto particular, como manifestación de la prerrogativa de gracia, constituye una facultad inmemorialmente atribuida al Monarca; extremo éste que ha sido expresamente avalado y consagrado por la Constitución Española de 1.978, que en el apartado i) de su artículo 62 viene a disponer que “(Corresponde al Rey:) ejercer el derecho de gracia con arreglo a la Ley, que no podrá autorizar indultos generales”.

Así se deduce que la gracia y, como manifestación de la misma, el indulto particular, es elevada a rango constitucional, nutriéndose de este valor supremo, por lo que de este precepto se infiere, la exigencia de tres condicionantes, so pena de su desnaturalización; así, por una parte, la exigencia inderogable de que la titularidad de la prerrogativa reside y ha de residir en el Monarca, por otra, la prohibición expresa de los indultos generales

y, por última, que su contenido y forma de ejercicio queda reservado a lo dispuesto en la ley¹³⁹.

Por tanto, entendemos, que si bien puede ser susceptible de cierta modulación tanto el contenido como la forma de ejercicio de la gracia, en caso alguno entendemos admisible la derogación o la negación de la identidad del titular de la prerrogativa, de modo que habría necesariamente de privársele de la consideración de indulto particular, a cualquier manifestación, con idéntica o similar denominación, con idéntico o similar contenido, cuyo titular de su ejercicio no fuera el Rey.

Es de destacar a colación de lo suscrito, el recurso al término “indulto” en algún texto normativo de nuestro ordenamiento jurídico como causa de exclusión de responsabilidades ajenas a la responsabilidad estrictamente penal, y en los que se atribuye la titularidad de su ejercicio a órganos y/o a autoridades administrativos en expresa contraposición a la previsión constitucional; véase como ejemplo de lo anterior la Ley 2/98, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en la que se refiere al “indulto” como causa de extinción de la responsabilidad administrativa derivada de la comisión de infracciones de esta naturaleza¹⁴⁰, atribuyendo, asimismo la titularidad del ejercicio de dicha prerrogativa al Consejo de Gobierno Vasco o al órgano foral correspondiente, en función del órgano que dictó la norma de cuya infracción se deriva la sanción objeto de la respectiva remisión¹⁴¹. Para ello la Ley 2/98,

¹³⁹ “El sentido que la remisión a la ley adquiere en este caso es el sentido de reserva a ella, esto es, el de que el ejercicio de la gracia, dada su trascendencia y significación, ya que no lleva a cabo el propio Parlamento, al menos no pueda ser regulado en sus aspectos esenciales sino por ley en sentido formal, por ley del Parlamento, y no por otra norma de rango de ley”, AGUADO RENEDO, C., op. cit., p. 133.

¹⁴⁰ Apartado c) del artículo 19 de la Ley 2/98, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco: “(La responsabilidad se extingue) por el indulto”.

¹⁴¹ Artículo 21 de de la Ley 2/98, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco: “1. Cuando se trate de sanciones impuestas en aplicación de leyes dictadas por el Parlamento Vasco, el órgano competente para conceder el indulto o la conmutación de la sanción será el Consejo de Gobierno Vasco. Si las sanciones fueren impuestas en aplicaciones de normas forales, el indulto o la conmutación se concederá por el órgano foral correspondiente, de conformidad con

de 20 de febrero, en su Exposición de Motivos justifica tanto el recurso como su régimen jurídico en los siguientes términos: “Los artículos 20 y 21 regulan los aspectos fundamentales del indulto y la conmutación de la sanción inspirándose en la Ley de 1870 e intentando adaptarla a la peculiaridad de lo administrativo”.

Igualmente es de reseñar la, ya derogada¹⁴², Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, que venía a establecer el indulto particular, bajo la forma de condonación¹⁴³, como medio de remisión de las sanciones tributarias firmes, atribuyendo la titularidad de la Gracia al Ministro de Economía y Hacienda, en este sentido el apartado 2 de su artículo 89 venía a disponer: “Las sanciones tributarias firmes sólo podrán ser condonadas de forma graciable, lo que se concederá discrecionalmente por el Ministro de

los principios y el procedimiento establecidos en este artículo y en el precedente. 2. El procedimiento se iniciará a instancia de parte interesada, de oficio por el Consejo de Gobierno o a propuesta del órgano que impuso la sanción o del que resolvió el recurso administrativo, y constará de los siguientes trámites: a. Informe del órgano que impuso la sanción. b. Informe del órgano que resolvió el recurso administrativo interpuesto contra la resolución sancionadora. Este informe sólo se emitirá en los casos en que dicho órgano haya propuesto el indulto. c. Alegaciones de la persona sancionada. d. Alegaciones de las partes en el procedimiento sancionador de que se trate. 3. Los trámites a que se refiere el número precedente se cumplimentarán en un plazo común que fijará en cada caso el Consejo de Gobierno, atendiendo a las circunstancias concurrentes. 4. El Decreto del Consejo de Gobierno por el que se conceda el indulto o la conmutación de la sanción se notificará al sancionado y se publicará en el Boletín Oficial del País Vasco. 5. El indulto y la conmutación podrán referirse a todas o a alguna de las sanciones impuestas o sus consecuencias accesorias, únicamente en la parte de las mismas que quede por cumplir y sin que en ningún caso suponga la devolución por la Administración de lo ya pagado ni la indemnización de los daños que la parte ya ejecutada de la sanción haya podido producir al sancionado. 6. El indulto y la conmutación no comprenderán ni afectarán en ningún sentido a las responsabilidades civiles que pudieran derivarse de la conducta infractora, ni a las obligaciones de reparación e indemnización a que se refiere el artículo 12 de esta Ley. 7. La iniciación del procedimiento de indulto o conmutación no suspenderá la ejecutividad de la sanción. Sí interrumpirá, en cambio, el plazo de prescripción de aquélla”.

¹⁴² Disposición derogada en virtud de la Disposición Derogatoria Única de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

¹⁴³ Condonación en el ámbito tributario que fue prolíficamente estudiada por la doctrina fiscalista, destacándose, entre otros, a MARTÍNEZ LAFUENTE, A., La condonación de las sanciones tributarias, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1980; CALATRAVA ESCOBAR, M.J., “Sanciones: Extinción”, en Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma, Libro homenaje al Profesor don SAINZ DE BUJANDA, F. vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1991, pp. 1273 y ss.; ARAGONÉS BELTRÁN, E., “artículo 89”, en La reforma de la Ley General Tributaria (Análisis de la Ley 25/1995, de 20 de julio), Cedecs Editorial, Barcelona 1995, pp. 221 y ss.; y GUERRA REGUERA, M., “Condonación de sanciones tributarias y principios constitucionales”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995.

Economía y Hacienda. La solicitud se formulará, previa petición del interesado por el Director de la Agencia Estatal de Administración Tributaria o por sus Delegados especiales cuando la ejecución de la sanción impuesta afectare grave y sustancialmente al mantenimiento de la capacidad productiva y nivel de empleo de un sector de la industria o de la economía nacional, o bien produjere grave quebranto para los intereses generales del Estado”.

A mi juicio, entiendo que tales manifestaciones no pueden alcanzar, bajo ningún concepto, la consideración de indulto, en tanto tal prerrogativa está sustancialmente atribuida y reservada al Rey, según queda reconocido expresamente en nuestra Norma Normanorum, significando al tiempo que el precepto anteriormente aludido, asimismo, adolece de una manifiesta inconstitucionalidad, en cuanto dispone una ilegítima usurpación de funciones, vulnerando con ello el mandato contenido en el apartado i) del artículo 62 de la Constitución Española.

Diferente consideración merece, a mi juicio, la oportunidad de que el indulto sea susceptible de extenderse a la sanción administrativa¹⁴⁴; en contra de esta posibilidad no existe una prescripción constitucional concreta, entendiéndose, por ende, que es objeto de ser determinado mediante una norma con rango legal que avale su oportunidad y viabilidad, no existiendo, a mi parecer, impedimento alguno que obste la extensión del indulto particular como instituto susceptible de remitir sanciones administrativas¹⁴⁵. Pero, aun así, mientras la legislación no avance y acomode sus presupuestos a esta posibilidad, lo cierto es que el indulto particular es, a día de hoy, el delimitado

¹⁴⁴ LINDE PANIAGUA, E., por su parte, entiende que “en cualquier caso, sanción penal y sanción administrativa hacen referencia a la potestad sancionadora del Estado, no existiendo, a nuestro entender, ningún obstáculo a que la clemencia se aplique a la totalidad del ámbito sancionador del Estado”, op. cit., p. 58. Asimismo, considérese lo argumentado por MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., Multas Administrativas, en Revista de Administración Pública, núm. 79, 1976, pp. 9 y ss, en particular 56 y ss.

¹⁴⁵ AGUADO RENEDO, C., suscribe la posibilidad de que la gracia “pueda ser referida a diversos ámbitos del Derecho, no solo el penal, que es el ámbito más característico en el que actúa esta institución, sin duda, sino también el fiscal, el laboral o el administrativo, esto es, cabría decir que allí donde quepa la imposición de sanciones por el poder público con motivo de infracciones de derecho público.”, en Problemas constitucionales de la potestad de gracia: en particular, su control, en La democracia constitucional: estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente, 2002, Vol. I, p. 898.

por la Ley de 18 de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, es decir un indulto relativo exclusivamente a la sanción penal. Al respecto se pronuncia LINDE PANIAGUA quien entiende que “La Ley de 1870 supone un determinado modelo de Indulto que sin duda puede discutirse pero que tiene una considerable solidez avalada por más de un siglo de permanencia en convivencia con toda suerte de regímenes políticos y jurídicos. En dicho modelo el indulto es un instrumento del Gobierno pero un instrumento sometido a límites que se deducen expresa o implícitamente de la Ley de 1870 o del Código Penal”¹⁴⁶.

Por tanto, una vez tratado este extremo y en aras de acotar los linderos por los que ha de asentarse un concepto de la gracia en su manifestación de indulto particular, se hace preciso advertir que la gracia es un instituto esencialmente histórico que ha acompañado a la idea de justicia, desde prácticamente los primeros gérmenes de civilización, y que es allí, en sus componentes históricos, donde ha de encontrar gran parte de sus elementos definitorios. La gracia, así como cualquiera de sus formas, si bien es cierto que es en los regímenes absolutistas donde mayor acomodo encuentra, no es procedente significar su anómalo enclave en sistemas constitucionales, pues tal instituto ha tenido vigencia desde los orígenes del constitucionalismo español.

Se hace preciso subrayar que el Ordenamiento Jurídico Español no alberga ni ha albergado, en texto normativo alguno, ni constitucional ni legal, una definición de la prerrogativa de gracia, ni de cualquiera de sus manifestaciones, sino que ha sido de sus efectos de donde la doctrina ha extraído sus caracteres definitorios. AGUADO RENEDO, con una concepción “genérica” de la gracia, la define como “la potestad de unos órganos en cuya virtud pueden beneficiar discrecionalmente a los individuos

¹⁴⁶ LINDE PANIAGUA, E., en La clemencia (amnistía e indulto) a la luz de jurisprudencia de los Tribunales Supremo y Constitucional y del Código Penal de 1995, Boletín del Ministerio de Justicia nº 1823, 1998, p. 14.

respecto de las consecuencias desfavorables que les acarrea la aplicación de normas”¹⁴⁷.

Etimológicamente, la palabra “indulto” deriva del latín “indultum”, forma sustantivada del verbo “indulgeo, indulsi, indultum”, cuya traducción es condescender, ser complaciente, ser indulgente con las faltas; también en dicha lengua materna nos hallamos con el sustantivo “indultor, indultoris”, que significa el que perdona, el que favorece.

Conforme al Diccionario de la Lengua Española, indulto es gracia o privilegio por el cual se perdona el todo o parte de una pena o se exime a uno de cualquier obligación. Analógicamente es indulgencia, perdón, remisión, condonación, olvido, rehabilitación, exculpación, venia, absolución, relevación, misericordia, clemencia, compasión, etc.

GIMENO GOMEZ, entiende el indulto como “manifestación del derecho de gracia en virtud del cual se perdona al penado el todo o parte de una pena o se le conmuta por otra más suave. En rigor, significa pues perdón de la pena, luego no puede ser aplicado sino a los condenados por sentencia firme; no obstante, en los indultos generales se hace en ocasiones extensivo el beneficio a los meramente procesados, originándose el llamado indulto anticipado”¹⁴⁸.

Destáquese de la definición postulada por GIMENO GOMEZ, la promulgada interconexión sustancial entre el indulto particular y la pena, y, consecuentemente, la firmeza de la sentencia condenatoria, siendo, por ende, la posibilidad de los indultos anticipados, concedidos con anterioridad a la pena, ajena a tal instituto, y propia de los llamados indultos generales, proscritos expresamente por el apartado i) del artículo 62 de la Constitución Española.

¹⁴⁷ AGUADO RENEDO, C., en Problemas constitucionales de la potestad de gracia: en particular, su control, op. cit., p. 898.

¹⁴⁸ GIMENO GOMEZ, V., op. cit., p. 898.

Conclusión que nos parece sumamente reveladora en lo concerniente al aún dilatado debate doctrinal acerca de la posibilidad actual de los indultos anticipados, que remitimos para su tratamiento al epígrafe correspondiente.

Por su parte, DORADO MONTERO significa en relación a la gracia, en sus diferentes manifestaciones, que “sin asomo de paradoja, se puede decir que una y otro, la amnistía y el indulto, son actos de justicia contra la justicia (y también de injusticia contra la injusticia), pues lo que con ambas instituciones se pretende es corregir ó evitar, en nombre de una justicia extralegal y hasta superior a la ley, conforme se dice a menudo, o sea, en nombre de una justicia “humana”, las injusticias reales que de la estricta y rigurosa aplicación de las disposiciones del derecho vigente, también llamado “positivo” pueden provenir”¹⁴⁹. Y en relación al indulto particular, en concreto, subraya que “el indulto es lo mismo que perdón. Es una gracia que el poder social otorga a los condenados por sentencia firme e irrevocable, remitiéndoles toda la pena que se les ha impuesto, o parte de ella, o conmutándosela por otra considerada más suave”¹⁵⁰.

QUINTERO OLIVARES, siguiendo la consideración de DEL TORO, añade, en relación al indulto particular, que “su carácter de gracia se ve superado por su carácter de acto de justicia en virtud del cual se individualiza la pena más allá de lo que permiten las siempre generalizadoras fórmulas legales, las cuales no pueden a veces evitar que su estricto cumplimiento dé lugar a resultados injustos”¹⁵¹.

Pero el indulto particular es, considerado por sus efectos y en virtud de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 130 del Código Penal¹⁵², como una

¹⁴⁹ DORADO MONTERO, P., op. cit., p. 399.

¹⁵⁰ DORADO MONTERO, P., Idem, pp. 436 y 437.

¹⁵¹ QUINTERO OLIVARES, G., en Manual de Derecho Penal. Parte General, Ed. Aranzadi, Navarra, p. 755.

¹⁵² Apartado 4 del artículo 130 del Código Penal: “(La responsabilidad criminal se extingue:) por el indulto”.

causa de extinción de la responsabilidad criminal del autor de un delito ya cometido; causas de extinción de la responsabilidad criminal, reguladas en el Capítulo I del Título VII, que, advierten MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, “se diferencian de las causas de justificación y de exculpación en que no afectan para nada a la existencia del delito, sino a su perseguibilidad en el proceso penal”¹⁵³.

Así pues, y atendiendo las observaciones anteriormente apuntadas, se podría concluir con una consideración del indulto particular como aquella manifestación de la prerrogativa de gracia por la que se extingue la responsabilidad criminal, mediante la remisión total o parcial de la pena a que hubiese sido condenado y aun no hubiese cumplido el penado¹⁵⁴ o mediante su conmutación por otra de menor gravedad, atendidas razones de justicia, equidad o utilidad pública.

¹⁵³ MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., en Derecho penal. Parte General, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2.004, p. 406.

¹⁵⁴ Fíjese que se recurre a la expresión “penado” y no “delincuente” con objeto de no traducir una no pretendida limitación del indulto a particular a las penas derivadas del delito, pues aunque la Ley 18 de junio de 1870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, hace, en repetidas ocasiones, referencia al término “delincuente”, no entendemos que exista fundamentación alguna que obste extender los efectos de este instituto a las penas derivadas de la falta penal, ni que aquella hubiera sido la voluntad del legislador.

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL INDULTO PARTICULAR:

Cuestión ésta profundamente controvertida y escasamente abordada por la doctrina científica, tanto en lo relativo a la naturaleza jurídica del indulto particular desde el punto de vista del concedente (así como prerrogativa, facultad,...., instituto de naturaleza sustantiva o procesal, etc.), como desde el punto de vista del indultado (así como derecho, esperanza de derecho, expectativa de derecho, etc.).

Iniciaremos este epígrafe con el tratamiento de la naturaleza jurídica del indulto particular como institución, como potestad atribuida al Monarca.

LINDE PANIAGUA sostiene la particular visión de que la actividad del órgano concedente del indulto particular consiste en “juzgar”, pero no con base en el “bloque normativo” en que se inspiró el Tribunal para imponer la condena. A su entender, el indulto particular “es un acto-soberano que hay que residenciar en la actividad judicial. Se trata de una instancia judicial situada en el poder ejecutivo, a la que tiene acceso una amplia gama de sujetos (amplia legitimación), en la que con arreglo a un procedimiento en el que tiene notable importancia (para los indultos totales decisiva) el dictamen, entre otros, del Tribunal sentenciador, se modifica la pena y otros efectos, es decir, se modifica la sentencia en relación a la pena y otros efectos que se imponen y que vienen implícitos, sin anular, ni rectificar la calificación de los hechos”¹⁵⁵. Asimismo sostiene el autor, siguiendo esa misma concepción que “lo que no está permitido hacer a los Tribunales le es concedido al Poder Ejecutivo, que en definitiva aplica “derecho” o más concretamente un “principio de justicia”, que debe definirse como el de la conveniencia de que la estricta aplicación del derecho positivo no traiga como consecuencia (la calificación social de) perjuicios mayores de los que se ocasionarían si la condena no fuera cumplida

¹⁵⁵LINDE PANIAGUA, E., en Amnistía e indulto en España, op. cit., pp. 180 y 181.

o atenuada. Se reserva de este modo al poder ejecutivo una de las funciones más excelsas del Poder, como es la de “hacer justicia”, hacer lo más justo¹⁵⁶, lo más conveniente en cada caso concreto, enderezando las injusticias que puede suponer la aplicación estricta de las leyes, en su necesaria generalidad, y, por tanto, en el olvido de que operan sobre individuos concretos situados en un tiempo determinado, aplicándole “atenuantes no juridificados”¹⁵⁷.

Pero al tiempo, esta consideración suscita un interrogante, ¿Qué puede justificar, en un Estado social y democrático de Derecho que el Gobierno exima del cumplimiento de la condena en firme impuesta por un Juez en el ejercicio de la función jurisdiccional que en exclusiva a él corresponde desempeñar?

Al respecto apunta GARCÍA MAHAMUT, que “el ámbito previo y nuclear en el que juega tal excepción no es otro que el del poder punitivo del Estado. Frente a la facultad de juzgar y de hacer cumplir lo juzgado, el ordenamiento contempla una excepción: la facultad de eximir del cumplimiento de la pena por decisión última no de los Jueces, sino del Poder Ejecutivo. Ello, sin lugar a dudas, exige realizar una serie de consideraciones sitas en el eje central de la relación entre el *ius puniendi* del Estado y la Constitución que define el marco, valores y principios en el que ese poder punitivo del Estado debe actuar, a la vez que le sirve de limitación expresa. Obsérvese que si el Derecho penal o el Derecho punitivo constituye el mínimo de intervención en un Estado de Derecho, cuya fundamentación no es otra que la protección y defensa de bienes jurídicos de clara relevancia constitucional, la excepción a ese poder punitivo del Estado debe encontrar, como no podía ser de otra forma, perfecto anclaje y amparo constitucional”¹⁵⁸. Dicho con palabras de CARBONELL MATEU, “la característica fundamental del poder punitivo del Estado es que

¹⁵⁶ “El indulto se relaciona estrechamente con la administración de justicia, pero no forma parte integrante de ella. Desde el punto de vista de la doctrina, es una gracia; en el orden legal es, como hemos dicho, uno de los modos de extinguir la responsabilidad criminal. Sin embargo, aplicado en determinados casos, puede constituir y constituye un acto esencialmente justo”, CADALSO, F., en La libertad condicional. El indulto y la amnistía, con un apéndice relativo a la condena condicional, Ed. Imprenta de Jesús López, 1.921, p. 206.

¹⁵⁷ LINDE PANIAGUA, E., en Amnistía e indulto en España, op. cit., pp. 181 y 182.

¹⁵⁸ GARCÍA MAHAMUT, R., op. cit., pp. 207 y 208.

emana de una Constitución propia de un Estado social y democrático de Derecho, la que, al mismo tiempo que le otorga, limita su extensión, sometiéndolo a los principios que la inspiran al servicio de la libertad, la igualdad y el pluralismo político, valores superiores del ordenamiento jurídico proclamados en el artículo primero”¹⁵⁹. Así entiende GARCÍA MAHAMUT, que son razones de política criminal las que han de fundamentar en última ratio, la concesión o denegación del indulto por parte del Gobierno, que han de “cumplir escrupulosamente con la concreción de los principios y valores de nuestro Estado social y democrático de Derecho. Esto implica la imposibilidad de que la política criminal que guía la concreta acción del gobierno en materia de indultos pueda gestarse y/o aplicarse al margen de los derechos fundamentales y del sistema de protección de los mismos expresamente previstos en la Constitución”¹⁶⁰.

Si bien la gracia, así como sus manifestaciones, en tiempos remotos ha supuesto la atribución al Monarca de una prerrogativa no sujeta a más restricción que a la propia voluntad de su titular¹⁶¹, lo cierto es que en el seno de un Estado social y democrático de Derecho, su facultad se encuentra indubitadamente acotada por numerosas limitaciones, por numerosos principios y derechos que han de ser indefectiblemente garantizados. En este proceso de encuadramiento y adaptación de la institución en nuestro sistema constitucional se hace cada vez más latente el interrogante suscitado en torno a si aun se cobijan y si han de cobijarse, en esta facultad, residuos y márgenes de una decisión arbitraria de su titular.

La prerrogativa de gracia, en su manifestación de indulto particular, es una facultad que si bien está constitucionalmente atribuida al Monarca, los actos que de ella se deriven habrán de estar, como todos los actos del Rey

¹⁵⁹ CARBONELL MATEU, J.C., en Derecho Penal: concepto y principios constitucionales, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1998, p. 107.

¹⁶⁰ GARCÍA MAHAMUT, R., op. cit., pp. 210 y 211.

¹⁶¹ “Decimos que es gracia porque el otorgarla depende de la voluntad de quien la concede”, CADALSO, F., op. cit., p. 205.

(excepto los del artículo 65.2 CE), refrendados¹⁶², en la forma establecida en el artículo 64 de la CE¹⁶³. Escasamente abordadas por la doctrina, como en alguna ocasión se ha puesto de relieve, han sido las peculiaridades del refrendo en el ámbito específico de la gracia; destáquese al respecto, entre algunas de las consideraciones esbozadas, lo apuntado por FERNÁNDEZ ENTRALGO por remisión a lo suscrito por TORRES DEL MORAL, quien advierte que el derecho de gracia “es un acto regio refrendado (por el Presidente del Gobierno o el Ministro de Justicia) y, por consiguiente, de la exclusiva responsabilidad del refrendante, que es quien determina el contenido del acto¹⁶⁴. MENÉNDEZ REXACH, por su parte, significa que “el requisito del refrendo informa la total configuración de la Corona, con su doble significado de limitar la capacidad decisoria del Rey y transferir la responsabilidad al refrendante, y todavía más, en el nuevo sistema español de parlamentarismo “racionalizado” con un significado expresivo de que el refrendante es, en realidad, el que ha adoptado la decisión, otorgando toda su virtualidad al postulado de que el poder debe estar allí donde está la responsabilidad¹⁶⁵”.

Por tanto, pese a denominársele *derecho*, no confiere al Rey una facultad discrecional al margen del juego institucional del refrendo y de la

¹⁶² Como un estudio clásico sobre el instituto del refrendo significamos el acometido por CACERES CROSA, G., en *El refrendo ministerial*, Universidad Central, Trabajos del Instituto González Posada, 1.934; posteriormente destacamos los trabajos de GARCÍA CANALES, M., en *La monarquía parlamentaria española*, Ed. Tecnos, 1.991, HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M., en *Artículo 56: El rey*, en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a las leyes políticas: La Constitución española de 1.978*, Ed. Edersa, Madrid, 1.983, o, más recientemente, GONZÁLEZ TREVIJANO, P., en *El refrendo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1.998.

¹⁶³ Artículo 64 de la Constitución Española: “1. Los actos del Rey serán refrendados por el Presidente del Gobierno y, en su caso, por los Ministros competentes. La propuesta y el nombramiento del Presidente del Gobierno, y la disolución prevista en el artículo 99, serán refrendados por el Presidente del Congreso. 2. De los actos del Rey serán responsables las personas que los refrenden”.

¹⁶⁴ Acto que no es ni legislativo, ni jurisdiccional, sino administrativo, como bien apunta DORADO MONTERO, P., en “Amnistía e indulto”, *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo II, Ed. Francisco Seix, Barcelona, 1.910, p. 716.

¹⁶⁵ MENÉNDEZ REXACH, A., en *La Jefatura del Estado en el Derecho Público español*, INAP, Madrid, 1.979, p. 431.

asunción de responsabilidad¹⁶⁶. La expresión “derecho de gracia” es tradicional y de estilo, pero no establece una relación con el Gobierno distinta de las de otras funciones regias. El Rey no puede ejercerlo al margen del Gobierno ni enfrentado con él. En caso límite, al Gobierno siempre le cabrían los recursos de negar el refrendo y acudir a una votación de confianza en las Cortes, y el Rey difícilmente podría enfrentarse con la legítima representación del pueblo soberano. La ley reguladora de su ejercicio de 1988 se instala plenamente en esta perspectiva..... A la vista del tenor literal del precepto correspondiente del Anteproyecto de Constitución, GIMBERNAT criticó ásperamente el riesgo de que el derecho de gracia quedase librado a la subjetividad regia. La introducción de la remisión a lo dispuesto en la ley se ha convertido finalmente en garantía de racionalidad políticocriminal¹⁶⁷.

Pero, sin perjuicio de que el acto de gracia sea un acto sujeto al instituto del refrendo y ello suponga que tanto la responsabilidad del mismo como su propio contenido sean asumidas de hecho por el órgano refrendante, es dable plantearse hasta que punto puede adquirir virtualidad la voluntad regia, si su función ha de limitarse en exclusiva a una función meramente simbólica o si participa de algún modo en la decisión graciosa, si podría llegar a adquirir relevancia jurídica una posible oposición del Monarca a lo decidido por el refrendante y sus posibles vías de solución.

LÓPEZ GUERRA, advierte tres tipos de funciones que se corresponden con las tareas regias constitucionalmente asignadas, así las funciones

¹⁶⁶ Apunta DORADO MONTERO que desde el momento en que esta facultad (la prerrogativa de gracia) ha de ser ejercida, al igual que todas las demás prerrogativas del Rey, en forma constitucional (refiriéndose a la exigencia constitucional de que los actos del Rey han de ser inexcusablemente refrendados), resulta que la potestad de otorgar indulto, más que prerrogativa verdadera del Rey, es realmente una atribución del Poder Ejecutivo, o una “función constitucional”. Quien verdaderamente indulta es el Ministro de (Gracia y) Justicia, el Presidente del Consejo de Ministros, o éste mismo Consejo; pues ellos son los que acuerdan y proponen o no al Rey el ejercicio de la gracia y quienes con su firma o refrendo se hacen responsables de ésta; DORADO MONTERO, P., en “Amnistía e indulto”, Enciclopedia Jurídica Española, Tomo II, Ed. Francisco Seix, Barcelona, 1.910, p. 716.

¹⁶⁷ FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., (por remisión a lo suscrito por TORRES DEL MORAL), en “La remisión condicional de la pena, el indulto y el arresto sustitutorio en caso de impago”, en “Ejecución de sentencias civiles y penales”, Ed. Eurolex, Madrid, 1.994, p. 263.

simbólicas, las arbitrales y las moderadoras¹⁶⁸, incluyendo en éstas últimas el ejercicio del derecho de gracia. Función moderadora, en la que están adscritos la mayor parte de los actos del Rey, que se caracteriza por el hecho de que aun tratándose de actos formalmente del Monarca, son determinados por la decisión y voluntad del órgano refrendante. Prueba de ello, de la voluntad decisiva del refrendante, apunta el autor, “es que según la costumbre ya establecida, las decisiones que formalmente son del Rey y que deberían ser *a posteriori* refrendadas, se envían al Monarca ya firmadas por el refrendante. En este aspecto se ha cambiado la secuencia temporal lógica. No se trata de que el Rey firme y el refrendante refrende. Ahora es el refrendante quien firma y en realidad pudiera decirse que el papel de refrendante lo ha asumido el Rey”¹⁶⁹. Pero en cualquier caso, es indudable que esta función moderadora ha de otorgarle al Rey un cierto margen de participación, si bien la cuestión será ahora determinar en que ha de traducirse dicho margen. LÓPEZ GUERRA habla de una participación regia preceptiva aun siendo su voluntad no vinculante. Ciertamente, subraya el autor, “el resultado de esta participación queda en el ámbito de lo informal y por ello, más sujeto a suposiciones que a certezas. Pero si se considera tanto la práctica de cada día como las mismas previsiones constitucionales, le sobran al Rey posibilidades de hacer valer su opinión en la elaboración de los actos que él habrá de firmar y un miembro del Gobierno habrá de refrendar. El término colaboración parece aquí más descriptivo que el de confrontación. Y el juego de la firma real y el refrendo gubernamental hace posible la existencia de un campo en el que confluyan la voluntad del Gobierno y la opinión del Rey. El papel moderador, así, encuentra en el refrendo ministerial de los actos “del Rey”, una expresión suficiente”¹⁷⁰. Es indudable, aunque sólo lo sea en una esfera estrictamente teórica, la posibilidad de una negación, de hecho, por parte del Rey de avalar con su firma el acto de gracia; así, apunta LÓPEZ

¹⁶⁸ LÓPEZ GUERRA, L., en Las funciones del Rey la institución del refrendo, en Estudio de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico, vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 1.997, p. 153.

¹⁶⁹ LÓPEZ GUERRA, L., *Idem*, p. 156.

¹⁷⁰ LÓPEZ GUERRA, L., *Idem*, p. 157.

GUERRA, “resulta difícil pensar que el Rey ha de firmar un Real Decreto total o parcialmente en blanco, por poner un ejemplo lindante con lo absurdo”¹⁷¹.

A mi juicio, me parece, por una parte, no sólo posible sino además exigible que el Rey se niegue a avalar con su firma un acto manifiestamente inconstitucional, en virtud del encargo constitucional de “guardar y hacer guardar la Constitución y las Leyes”, contenido en el artículo 61.1 de la CE¹⁷². Posibilidad que, en consecuencia, llevaría aparejada insoslayablemente una facultad controladora, aunque sea relativa a un control del todo limitado y superficial; pero, por otra parte, entiendo que tal atribución controladora, por nimia y limitada que pueda llegar a ser, conlleva asunción de responsabilidad a él imputable, responsabilidad que sería al mismo tiempo contrapuesta con la ausencia de responsabilidad exigida por la Constitución Española.

De la oportunidad y consecuencias o de la inoportunidad de que el Rey esté facultado para, en contados casos y movido siempre por el deber de guardar y hacer guardar la Constitución y las Leyes, no avalar con su firma una actuación del Gobierno o sus Ministros manifiestamente inconstitucional, apenas encontramos apuntes doctrinales, si bien, como excepción, ha de subrayarse lo mantenido por LÓPEZ GUERRA, quien, aun de forma tímida y quizás algo ecléctica, parece optar finalmente por la negación al Monarca de facultad controladora alguna, expresándose así en los siguientes términos: “en mi opinión, por tanto, la función moderadora supone, sí, una participación, pero una participación en el margen de la colaboración, y por ello dentro de unos cauces informales, no traducibles en negativas formales a otorgar la sanción real”¹⁷³.

¹⁷¹ LÓPEZ GUERRA, L., op. cit., p. 157.

¹⁷² Artículo 61.1 de la Constitución Española: “El Rey, al ser proclamado ante las Cortes Generales, prestará juramento de desempeñar fielmente sus funciones, guardar y hacer guardar la Constitución y las Leyes y respetar los derechos de los ciudadanos y de las Comunidades Autónomas”.

¹⁷³ LÓPEZ GUERRA, L., op. cit., p. 158.

A mi juicio, y devenido por la consustancial desavenencia entre la negación del Monarca a avalar actos manifiestamente inconstitucionales, por una lado, y la irresponsabilidad del mismo preceptuada de forma expresa por la Constitución, por otro, a la hora de optar me inclino, en sintonía con LÓPEZ GUERRA, por asumir una facultad regia traducida en facultad de colaboración, sin ostentar facultad de control alguna, aunque en determinados casos excepcionales, como los anteriormente expuestos, no me sirva de más motivación para esgrimir la negación del control que la motivación derivada de la exigencia de irresponsabilidad del Rey constitucionalmente consagrada. Y es que, como bien apunta ARAGÓN REYES, en una monarquía parlamentaria, “el Monarca no es soberano, el Monarca no legisla, el Monarca no gobierna”, y son concretamente estas implicaciones las que hacen que no “... repugne al principio democrático que el Jefe del Estado sea irresponsable”¹⁷⁴.

A colación con lo anterior, se suscita el debate en torno a si la gracia ha de ser considerada como un derecho en sentido propio para su titular; es decir, derecho entendido como haz de facultades en favor de su titular que puede hacer valer ante los órganos oportunos frente a su perturbación por terceros, públicos o privados. Al respecto apunta ARAGÓN REYES, que en un régimen democrático, las competencias que la Constitución atribuye al Rey, “no suponen un poder en sentido estricto, ya que, por principio la democracia impide que ejerza poder quien accede al cargo exclusivamente por razones hereditarias”¹⁷⁵. Por su parte, los artículos 87.3 y 102.3 de la Constitución Española, refieren a la gracia como “prerrogativa”, lo que propicia de inmediato el interrogante de si ha de ser considerada como tal; por su parte, AGUADO RENEDO, entiende que “sin duda puede, y aun debe, entenderse como tal en la tercera acepción del término que aparece en el Diccionario de la Real Academia Española, esto es, como un “atributo de excelencia o dignidad...”, pero no en sentido técnico-jurídico de prerrogativa real, que es el que enuncia

¹⁷⁴ ARAGÓN REYES, M., en *Dos estudios sobre la monarquía parlamentaria en la Constitución española*, Ed. Civitas, Madrid, 1990, pp. 102 y 102.

¹⁷⁵ ARAGÓN REYES, M., en *Estudios de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1.998, p. 368.

WADE-GODFREY PHILLIPS¹⁷⁶, esto es, en el de constituir una “reserva absoluta de garantías y de poderes discrecionales e incontrolables atribuidos a la Corona independientemente de toda colaboración o interferencia del Gobierno o del Parlamento”¹⁷⁷. Asimismo, continua el autor, “tampoco puede ser considerado prerrogativa en el sentido sustancial o material, en tanto en cuanto su ejercicio por el Monarca es, como el de todos los demás actos que realice (con excepción de los “personalísimos”), un acto debido. El ejercicio de tal prerrogativa sólo está conferido nominal, o mejor, simbólicamente, al Rey, de modo que, quien realmente la ejerce, es otro órgano...¹⁷⁸”. Únicamente es admitida por AGUADO RENEDO, la calificación de la prerrogativa de gracia como “prerrogativa constitucional”¹⁷⁹; “prerrogativa constitucional” que siguiendo a CIAURRO¹⁸⁰ se identifica con la concurrencia de tres presupuestos, así, que sea un *ius excludendi alios* conectado al ejercicio de funciones constitucionales, que tal *ius excludendi* suponga una abrogación parcial respecto del sistema ordinario de distribución de poderes y competencias, y que su regulación esté dirigida al reforzamiento de las garantías establecidas por el ordenamiento en orden a la tutela de la autonomía y de la recíproca irresponsabilidad de los órganos constitucionales. Condicionantes todos ellos, que en consideración de AGUADO RENEDO, concurren en la prerrogativa de gracia; no obstante, apunta el autor, “considerada (la prerrogativa de gracia) una prerrogativa constitucional, tampoco lo es de él (del Rey), sino del órgano (u órganos) de los que depende materialmente la concesión de la misma”¹⁸¹.

¹⁷⁶ WADE-GODFREY PHILLIPS, en *Constitutional Law*, apud CIAURRO, G.F., voz “Prerrogativa costituzionali”, *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXV, 1.986.

¹⁷⁷ AGUADO RENEDO, C., en *Problemas Constitucionales del Ejercicio de la Potestad de Gracia*, op. cit., p. 125.

¹⁷⁸ AGUADO RENEDO, C., *Idem*, p. 127.

¹⁷⁹ AGUADO RENEDO, C., *Idem*, p. 128.

¹⁸⁰ CIAURRO, G.F., voz “Prerrogativa costituzionali”, *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXV, 1.986.

¹⁸¹ AGUADO RENEDO, C., en *Problemas Constitucionales del Ejercicio de la Potestad de Gracia*, op. cit., p. 129.

En cuanto a la adscripción del indulto particular, en virtud de su naturaleza jurídica, a un ámbito concreto del Derecho, resulta del todo controvertida, sesgándose, a grandes rasgos, el parecer doctrinal entre una naturaleza procesal y una naturaleza sustantiva. Así, como bien subraya GARCÍA PÉREZ, “un sector de la doctrina considera que el indulto, al igual que las restantes causas de extinción de la responsabilidad criminal, posee naturaleza material, aunque no pertenezca a ninguna de las categorías clásicas de la teoría jurídica del delito. En la doctrina alemana algunos autores lo incluyen entre las causas de anulación de la pena, es decir, las integran todavía en la estructura del delito. Otros autores se inclinan por otorgarle una naturaleza mixta: presupuesto procesal y excusa absolutoria, mientras que finalmente un último grupo le atribuye un carácter netamente procesal. Finalmente DEL TORO¹⁸², parece darle una doble naturaleza: procesal en unos casos y penal en otros. Para este autor, “el *ius puniendi* supone la fijación de ciertas conductas como típicas, la imposición de sanciones a dichas conductas y el cumplimiento de tales sanciones bien en su totalidad, bien en parte. La gracia opera de modo opuesto. Así, provoca la atipicidad de hechos delictivos, impide el cumplimiento, total o parcial, de la penalidad y deroga el sistema legal punitivo que.... exige la predeterminación de la pena para cada conducta reprochable. Esto último sucede si la gracia sustituye la sanción legal por otra no señalada en la norma. De otro lado, las valoraciones que contiene el Derecho de gracia son independientes, cuando no contrarias, a las que inspiran la ley penal”. Así –continúa el autor- “la gracia es una institución que neutraliza o contradice las misiones asignadas al Derecho penal. En cierta medida es su antítesis dialéctica, de donde es concebible la gracia como el *ius non puniendi*. Exasperando dicha idea, ciertas afirmaciones doctrinales eliminan hasta la misma naturaleza jurídica de la prerrogativa, oponiendo la idea de Gracia a la de Derecho... De procederse con rigor no es dable, sin embargo, ignorar que la gracia tiene, en su origen y en su ejercicio, una estructura afín a la de las normas jurídicas, siquiera sea extraña, y aun opuesta, al Derecho penal”. Aunque la gracia tiene una naturaleza diversa a

¹⁸² Referencia a la opinión de DEL TORO MARZAL, A., en GARCÍA PÉREZ, O., en *La Punibilidad en el Derecho Penal*, Ed. Aranzadi, 1.997, pp. 223 y 224.

las normas penales, lo que hace superfluo el discutir si sus manifestaciones constituyen presupuestos procesales o excusas absolutorias no hay que olvidar -continúa el autor- que la gracia remueve una serie de cargas tanto procesales como materiales. Esto explica, de un lado, que sus manifestaciones adopten el lenguaje jurídico penal y, de otro, que se atribuya a los Tribunales la aplicación de sus beneficios. Además, según este autor, sus manifestaciones se hubieran podido configurar como instituciones penales, pues la única diferencia entre ellas radica en que las primeras “son arbitrarias y no previsibles temporalmente”, mientras que las segundas son típicas y están admitidas por alguna ley penal. Esto es lo que posibilita “establecer una cierta identidad entre las figuras de gracia y las jurídico penales”. De esta forma distingue cuatro casos: modificación de la perseguibilidad, extinción de ésta, modificación de la penalidad y extinción de ésta”¹⁸³.

En particular, GIMENO GOMEZ, considera su naturaleza jurídica desde el punto de vista del Derecho político, del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal, en los siguientes términos:

“A) En Derecho político: Conforme a la opinión más extendida, constituye el indulto, como forma del derecho de gracia, el ejercicio de una prerrogativa soberana. Así lo entendió nuestro Tribunal Supremo en sentencia de 8 de octubre de 1.925.

La dificultad surge sin embargo al tratar de incardinar esta facultad dentro de la trilogía de poderes o funciones del Estado, con su independencia relativa, ya que si la condena ha sido impuesta por el Poder ejecutivo y legislativo, no pueden estos últimos decretar indulto que deje sin efecto la pena impuesta por aquél.

Este problema aparentemente insoluble se resuelve sin embargo atribuyendo la facultad de indultar a los órganos representativos de la

¹⁸³ GARCÍA PÉREZ, O., op. cit., pp. 222 a 225.

soberanía del Estado, que por su posición “super o extra legem” son los únicos capaces de modificar la eficacia ordinaria de las leyes. De ahí que teóricamente en los países constitucionales correspondería decretar los indultos al Jefe del Estado con las Cámaras; la dificultad derivada de que éstas no funcionan de un modo continuo determina que de hecho ejerza la prerrogativa de indulto el Jefe del Estado por sí solo. Pero como normalmente, conforme a las constituciones, suele exigirse el refrendo ministerial, la prerrogativa de indulto se ejerce a través del Poder ejecutivo, apareciendo formalmente como cualquier acto administrativo.

B) En Derecho penal: Se discute por los autores la naturaleza sustantiva o procesal del indulto. En la tesis ecléctica militan HIPPEL y MANZINI; éste último, aunque como aquel le atribuye naturaleza mixta, estima es predominantemente de índole sustantiva.

En el Derecho penal constituye el indulto una causa de extinción de la responsabilidad. Su diferencia respecto de las causas de justificación, o inculpabilidad penal, radica en que éstas tienen carácter simultáneo respecto de la comisión del hecho, mientras el indulto, y las demás causas de extinción de la responsabilidad, es posterior al mismo.

C) En Derecho procesal penal: Para GÓMEZ ORBANEJA, el indulto, desde el punto de vista que nos ocupa, es un óbice o presupuesto procesal negativo del juicio, siendo causa productora de un sobreseimiento libre formal, a diferencia del sobreseimiento material por las causas de los artículos 637 y 641 de la LECrim. Para VIADA es un presupuesto procesal negativo que constituye una causa de terminación anormal o por extinción del proceso penal. Finalmente, según FENECH, promovida esta materia como cuestión previa en la fase intermedia, abre una fase incidental dentro del juicio oral¹⁸⁴.

¹⁸⁴ GIMENO GOMEZ, V., op. cit., pp. 901 y 902.

Por su parte CALDERÓN CEREZO y CHOCLÁN MONTALVO abogan por una naturaleza mixta de orden material y procesal; material, por el hecho de constituir una causa de anulación del deber de ejecutar la pena impuesta, y procesal, por el hecho de constituir un obstáculo para la ejecución penal¹⁸⁵.

En otro orden de cosas, es igualmente trascendente y no menos controvertido, el tratamiento de la naturaleza jurídica del indulto particular desde el prisma del indultado o, más confuso aun, desde el prisma del reo en el que concurren los condicionantes o presupuestos que harían viable u oportuna la concesión de la gracia; a este respecto, y como obertura, cabe destacar la opinión vacilante de la doctrina, así como su análisis en torno a la consideración del indulto como derecho, esperanza de derecho, expectativa de derecho, o la más predominante, la negación de todas ellas.

AGUADO RENEDO, en referencia al potencial beneficiario de la gracia (no al ya indultado), entiende que éste no ostenta derecho alguno al indulto, ni fundamental ni no fundamental, en cuanto la principal nota característica de tal beneficio es la discrecionalidad, así “no es derecho, sin más, desde el momento en que un derecho, para ser tal, por definición implica la obligación de los demás, en particular de los poderes públicos, de comportarse del modo indicado por el contenido de dicho derecho. Ni derecho ni tampoco expectativa de derecho, ni, en general, si lo hubiera, ningún otro título que obligue al poder que tiene en su mano la concesión no ya a impartir el beneficio, sino siquiera a considerarlo para, en su caso, verse obligado a motivarse denegación”¹⁸⁶. Todo lo más, argumenta el autor, ostentará quien se encuentre desfavorecido por una sentencia condenatoria firme el derecho a la solicitud del indulto, derecho que alcanzará el rango de fundamental, al ser subsumido en el derecho fundamental de petición reconocido y garantizado por el artículo 29 de la Constitución Española. En definitiva, concluye, “la gracia no es en sí misma, ni puede serlo, un derecho (ni una expectativa) y, por tanto,

¹⁸⁵ CALDERÓN CEREZO, A., y CHOCLÁN MONTALVO, J.A., en Derecho Penal. Parte General, Ed. Bosch, 1.999, p. 534.

¹⁸⁶ Como afirma AGUADO RENEDO, C., en Problemas Constitucionales del Ejercicio de la Potestad de Gracia, op. cit., pp. 181 y 182.

“... su denegación u otorgamiento no puede ser impugnada por el interesado o por un tercero, respectivamente...”¹⁸⁷. Cuestión del todo distinta, aunque relacionada de forma estrecha con ese carácter es que, tomándole como objeto de referencia, la solicitud de la gracia y la concesión de la misma sean susceptibles de afectar a principios (y, quizá, a derechos), esenciales de nuestro ordenamiento constitucional...”¹⁸⁸.

ESCRIBANO COLLADO, en sintonía con lo apuntado por AGUADO RENEDO, considera que no cabe pues la consideración de la gracia para el potencial beneficiario ni como derecho ni como expectativa de derecho, ni siquiera “entendida ésta como un derecho *in fieri*, no adquirido, pero al que el ordenamiento jurídico le otorga protección en cuanto se han producido determinados elementos que permitirán al sujeto ser titular del mismo cuando definitivamente se cumplan otros elementos -expectativa de derecho en el ámbito del derecho privado-, ni como interés protegido por el legislador en orden al nacimiento de un derecho futuro -expectativa de derecho en el derecho público-; estamos a lo sumo, ante una “esperanza de derecho” que es jurídicamente irrelevante¹⁸⁹.

A mi juicio, entiendo, como ya apunté, la necesidad de distinguir, para su análisis, la naturaleza jurídica del indulto desde la consideración del indultado, es decir, una vez ha sido concedida la gracia, de la naturaleza jurídica del indulto desde la consideración del potencial beneficiario del mismo.

El indulto una vez ha sido concedido, es decir, una vez ha sido dictado y publicado en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto estimatorio de la pretensión graciosa, indudablemente genera un haz de facultades para su

¹⁸⁷ Remisión a lo suscrito por GALLEGO ANABITARTE, A. y MENÉNDEZ REXACH, A., en “Comentario al art. 97”, en ALZAGA, O. (dir.), Comentarios a la Constitución española de 1978, t. VIII, Cortes Generales-EDERSA, 1.998, p. 140.

¹⁸⁸ AGUADO RENEDO, C., en Problemas Constitucionales del Ejercicio de la Potestad de Gracia, op. cit., p. 183.

¹⁸⁹ ESCRIBANO COLLADO, P., voz “Expectativa”, Enciclopedia Jurídica Básica, Ed. Civitas, Madrid, 1.995.

sujeto pasivo, el indultado, concretadas en su aplicación y consecuencias, así, a título de ejemplo, la práctica por el órgano sentenciador de determinadas diligencias, tales como la declaración de la extinción de las penas sobre las que recaiga la gracia, la emisión y remisión del correspondiente mandamiento de libertad al centro penitenciario en el supuesto de encontrarse el indultado privado de libertad, la excarcelación del indultado, en su caso, por parte del Director del Establecimiento Penitenciario,..., haz de facultades de que es titular el sujeto pasivo de la gracia, el indultado, al que el ordenamiento jurídico le confiere expresa protección y medios de defensa, pues es del todo inoportuno considerar que el condenado a pena privativa de libertad que se encontrase cumpliéndola de forma efectiva, y habiéndose publicado en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto por el que se remite dicha pena, no pudiera exigir o no le fuera reconocido el derecho a su puesta en libertad. Haz de facultades que unido a la protección dispensada por el ordenamiento jurídico en orden a su ejercicio, alcanzan, a mi entender, la consideración de un verdadero derecho para su titular, el indultado.

La calificación del indulto como derecho para el indultado, supone además, a nuestro parecer, la solución más oportuna a la hora de conciliar o concebir tanto la posibilidad de su renuncia por el beneficiario, como la imposibilidad de su revocación por el concedente. La idea de renuncia presupone inexorablemente una tenencia o titularidad; no es dable siquiera plantear la posibilidad de renunciar a algo que no se posee previamente o de la que no se es titular; asimismo me resulta difícil imaginar una consideración ajena a la de derecho para aquel haz de facultades que le es conferido a un condenado por sentencia firme, tras concurrir diversos presupuestos, que no es susceptible de ser revocado por el concedente, que es viable su renuncia por su titular, y que el ordenamiento jurídico le profesa protección en orden a su ejercicio y defensa.

En lo tocante al tratamiento de la naturaleza jurídica del indulto desde la consideración del potencial beneficiario de la gracia, aunque ha sido un aspecto quizá más abordado por la doctrina científica, es considerablemente más controvertido que el anterior.

Es del todo unánime la negación al condenado por sentencia firme de un derecho al indulto, con independencia de que reúna o concurran los presupuestos que hacen oportuna la concesión de la gracia; negación de la que indudablemente nos hacemos partícipes. Los presuntos presupuestos precisan ser calificados como tal en el oportuno procedimiento administrativo y han de ser debidamente convalidados por una resolución debidamente motivada, bajo la forma de Real Decreto, sin que de forma anticipada quepa hablar de presupuestos en sentido estricto; es decir, los presupuestos son aquellos que han sido validados como tal en el oportuno procedimiento¹⁹⁰. Igualmente unánime es el reconocimiento al sujeto potencial beneficiario del indulto, condenado por sentencia firme, de un derecho a la solicitud de indulto, que se esgrime de lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley de 18 de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto¹⁹¹, derecho que alcanza la consideración de derecho fundamental al ser subsumido en el derecho fundamental de petición, consagrado y garantizado por el artículo 29 de la CE.

Derecho a la solicitud de indulto que entendemos ha de derivarse inexorablemente en un derecho al procedimiento administrativo y a una resolución motivada sobre la pretensión.

La posición doctrinal dominante niega asimismo la consideración del indulto como una expectativa de derecho para el potencial beneficiario, todo lo más algún autor, como fue reseñado anteriormente, lo califica como una esperanza de derecho, jurídicamente irrelevante; por contra, desde mi

¹⁹⁰ En relación se pronuncia el Tribunal Supremo significando que el derecho no nace hasta que se cumplen todos los hechos jurídicos que son presupuesto o requisito para ello; mientras la Administración no se pronuncie no hay derecho. Véase al respecto, entre otras, la STS 16 de julio de 1.982.

¹⁹¹ Artículo 19 de la Ley de 18 de junio de 1.870, por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto: "Pueden solicitar el indulto los penados, sus parientes o cualquier otra persona en su nombre, sin necesidad de poder escrito que acredite su representación."

consideración, entiendo que al sujeto solicitante, o por quien se ha solicitado el indulto, y, por tanto condenado por sentencia firme, en el que concurren determinados presupuestos, que a su vez son coincidentes con los que en anteriores ocasiones han motivado una resolución estimatoria de la gracia, el ordenamiento jurídico irrefutablemente le confiere una tangible protección; alcanzando así, y en consecuencia, la calificación de expectativa de derecho.

Protección que es conferida por la extensión del contenido del derecho fundamental a la igualdad consagrado y garantizado en el artículo 14 de la CE, así como por la extensión del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos reconocido en el artículo 9.3 de la CE, y a la que no escapa la potestad de gracia como así ninguna de las restantes potestades discrecionales.

Las razones de justicia, equidad o utilidad pública, fundamentadas de la gracia, son conceptos jurídicos indeterminados que precisan de la concreción adecuada a las circunstancias concurrentes en cada caso, cuya valoración lleva a una única solución justa, jurisdiccionalmente controlable, que debe adoptarse por la Administración. Así ha declarado las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1.999, citando otras muchas como las de 22 de junio de 1.982, 13 de julio de 1.984, 9 de diciembre de 1.986, 24 de abril, 18 de mayo, 10 de julio y 8 de noviembre de 1993, 19 de diciembre de 1.995, 2 de enero de 1.996, 14 de abril, 12 de mayo y 21 de diciembre de 1998, que en la apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados, resulta excluida la discrecionalidad de la Administración, porque la inclusión de un concepto jurídico indeterminado en la norma a aplicar no significa, sin más, que se haya otorgado capacidad a la Administración para decidir con libertad y renunciar a la solución justa del caso, sino que viene obligada a la única decisión correcta a la vista de los hechos acreditados.

El Tribunal Supremo, asimismo, en reiteradas ocasiones ha confirmado el control de la potestad discrecional de la Administración por los motivos anteriormente expuestos; en este sentido estése a lo dispuesto en la STS (Sala 3ª) de 5 de marzo de 2.004, por la cual se confirma la sentencia recurrida,

entendiendo que se “ha ejercido la potestad jurisdiccional de control de la actuación administrativa en base a la aplicación de principios generales del derecho, conforme a los parámetros constitucionales que refieren los artículos 9, 24, 103, 106 y 117 de la Constitución, sin que haya invadido el ámbito de la potestad discrecional que corresponde a la Administración, al no fundamentarse la sentencia en criterios subjetivos sino en el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa y de conceptos jurídicos indeterminados. El control jurisdiccional de la actuación administrativa que corresponde a los juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo, de conformidad con el artículo 106 de la Constitución y el artículo 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, se extiende a enjuiciar la legalidad objetiva de la actuación administrativa y a satisfacer la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos frente a los poderes públicos administrativos.”

Asimismo es de destacar la reveladora SAN de la Sala de Contencioso de 10 de febrero de 2.004, que no sólo anula la resolución administrativa dictada por la Administración en el ejercicio de una potestad discrecional, sino que estima y hace efectiva la pretensión administrativa del solicitante y, posteriormente, recurrente.

Por todo ello, y sin intención de abordar el estudio relativo al control del indulto, materia que remitimos para su análisis al epígrafe correspondiente, concluimos con la evidencia de la innegable protección que el ordenamiento jurídico le profesa al potencial beneficiario del indulto de concurrir determinados presupuestos, y, por ende la consideración, siempre a nuestro juicio, de constituir para el sujeto una auténtica expectativa de derecho, y no así una esperanza de derecho, jurídicamente irrelevante.

Para terminar queremos hacer referencia al Auto del Tribunal Constitucional 900/1985, de 13 de diciembre, cuyo fundamento jurídico 1º.d) es utilizado por algún autor como sustento argumental en orden a postular la negación de la posibilidad de la expectativa de derecho.

Por nuestra parte, entendemos que ni el Auto del Tribunal Constitucional 900/1985, de 13 de diciembre, ni así las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1991 y de 6 de junio de 2003, se pronuncian o sientan fundamento jurídico alguno que propicie concluir con la negación de la posibilidad de la expectativa de derecho, pues sendas resoluciones se refieren a la negativa del tribunal sentenciador de instar la solicitud de indulto al Gobierno, por la vía del artículo 4.3 del Código Penal (indulto judicial), previa petición del condenado, es decir, el sujeto potencial beneficiario de la gracia insta al órgano sentenciador para que a su vez éste haga uso de su facultad de instar la solicitud de indulto al Gobierno. En estos supuestos tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, niegan el derecho del condenado o potencial beneficiario de la gracia, no a la solicitud de indulto (que no se cuestiona), sino a que el órgano sentenciador promueva la petición de indulto; consideraciones que fielmente compartimos, así es del todo acertado que la facultad atribuida al órgano sentenciador por el artículo 4.3 del Código Penal, es una facultad discrecional del mismo, así como que el derecho a la solicitud de indulto del potencial beneficiario de la gracia contenido en el artículo 19 de la Ley de 18 de junio de 1.870, por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, y elevado a derecho fundamental al ser subsumido por el derecho de petición consagrado en el artículo 29 de la Constitución Española, en caso alguno ha de entenderse extensible al derecho a la solicitud por parte del órgano sentenciador, por cuanto, entre otras consideraciones, el derecho de petición y sus manifestaciones es un derecho personal que no puede amparar el derecho a exigir que un tercero, a su vez, haga uso de su derecho o facultad de solicitar. Pero, en cualquier caso, y siempre sin perjuicio de la oportunidad o inoportunidad de ser recurrida la decisión del órgano sentenciador de ejercitar o no su facultad contenida en el artículo 4.3 del Código Penal por diversas argumentaciones, cuyo estudio remitimos al epígrafe correspondiente, lo cierto es que las resoluciones reseñadas, en modo alguno, se pronuncian acerca de la consideración o no de un derecho del potencial beneficiario al indulto, ni tan siquiera sobre el derecho de éste a la solicitud de indulto, y asimismo, no vierten fundamentación jurídica alguna que pueda interpretarse y valorarse como presupuesto dogmático que avale la

negación al sujeto potencial beneficiario de la gracia de una expectativa de derecho al indulto.

3. FUNDAMENTOS DEL INDULTO PARTICULAR:

La potestad de graciarse, en su extensa consideración de amnistiar, conceder indultos generales o particulares, si bien encontró en el antiguo régimen el contexto idóneo para su ejercicio, si bien dicha potestad, residida en el Rey, constituía una amplia manifestación de un poder cuasi ilimitado¹⁹², se vino obligado a ser constreñida y acotada a los inderogables márgenes del Estado Social y Democrático de Derecho.

La potestad de graciarse, tras la Constitución Española de 1.978, quedó identificada con la posibilidad de conceder indultos particulares, siendo expresamente proscritos los indultos generales, y generando la omisión constitucional un latente debate doctrinal acerca de la oportunidad de la amnistía.

Indultos particulares que habrían y habrán de convivir con el principio de soberanía popular, de separación de poderes¹⁹³, con la atribución a un poder judicial de la potestad para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, con la sujeción de los actos del Monarca al instituto del referendo, con el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales, con el principio de seguridad jurídica, con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, con el

¹⁹² “En el antiguo régimen (entiéndase, el preliberal) el titular de la gracia era, como no podía ser menos, el rey, considerado como soberano que, por estar *legibus solutus*, es decir, desligado o absuelto (*absolutus*, absoluto) de la fuerza vinculante de las leyes, podía dictar otras nuevas dentro de ciertas condiciones, derogarlas o muy frecuentemente dispensar de su cumplimiento, así como dejar sin efecto sentencias judiciales condenatorias pronunciadas en aplicación de leyes vigentes. El campo de la gracia real era amplísimo, y aunque el rey se asesoraba de los integrantes de su cámara para conceder o no cada gracia singular, él era el insustituible e incondicionado ejerciente de la más específica regalía integrante de su soberanía”, TOMÁS Y VALIENTE, F., en *A orillas del Estado*, Ed. Taurus, Madrid, 1.996, p. 33.

¹⁹³ Véase al respecto de la separación de poderes el relevante estudio de GARCÍA PELAYO, M., *La división de poderes y su control jurisdiccional*, en *Revista de Derecho Político*, Separata de los números 18-19, 1.983.

inexcusable control judicial de la legalidad de la actuación administrativa, con el deber de motivación de los actos administrativos....

Acotamiento sustancial del ámbito de la gracia de indulto que unido al hecho de ser atribuida insoslayablemente a los Jueces y Tribunales la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y estando justificado el instituto por la realización de la justicia al caso concreto, convierte al mismo en un recurso excepcional y subsidiario.

A mi juicio, únicamente cuando la ley penal y la aplicación de la misma al caso concreto, por los Jueces y Tribunales, no haya alcanzado la realización de la justicia al referido supuesto concreto, es cuando encuentra fundamentación y deviene operativo el instituto del indulto.

Carácter excepcional que es consecuencia de la peligrosa derogación especial de determinados principios que supone su ejercicio; excepcionalidad que deriva de la, asimismo, excepcional suspensión particular del *ius puniendi* del Estado, del principio de separación de poderes, entre otros.

De modo que, a mi juicio, el instituto del indulto supone un altísimo coste al Estado Social y Democrático de Derecho, que encuentra justificación, únicamente, cuando su recurso se constituye en el único instrumento para alcanzar el elevado fin al que está adscrito, tal cual es la realización de la justicia al caso concreto; es decir, cuando los Jueces y Tribunales se han visto imposibilitados o la ley penal ha carecido de la suficiente previsibilidad para realizar la justicia a un caso concreto, es cuando el fin de la gracia de indulto se erige en causa de suficiente entidad para excepcionar el *ius puniendi* del Estado, y por ende se convierte en justificado y exigible su ejercicio.

Idea de previsibilidad que, entiendo, es antinómica e incompatible con la idea de la gracia de indulto; así, si bien sería del todo deseable, en pro de la seguridad jurídica y de la necesaria tendencia a la reglamentación del instituto, la tasación y normalización de los motivos de concesión de indulto, es precisamente su carácter residual y subsidiario lo que se constituye en óbice de

la referida previsión, ya que si fueran de algún modo previsibles los motivos o supuestos que justifican la concesión de la gracia, dichos motivos o supuestos habrían de ser recogidos o absorbidos por la ley penal y no por la ley de indulto.

En conclusión, hemos de significar que el instituto del indulto no debiera constituirse en una vía alternativa de justicia en manos del poder ejecutivo mediante un ejercicio abusivo del mismo¹⁹⁴, que igualmente no debe olvidarse que la concesión de multitudinarios y simultáneos indultos particulares no dejan de esconder, enmascarar y simular indultos generales, constitucionalmente proscritos, que el instituto no debiera desligarse y desvincularse de su esencial carácter residual y, fundamentalmente, subsidiario, y que, en cualquier caso, la prueba de un nimio y escaso recurso a su ejercicio es la prueba de un eficiente y justo sistema.

¹⁹⁴ ARENAL, C., dedica un extenso estudio a combatir el derecho de gracia y fundamentalmente sus abusos, en El derecho de gracia ante la justicia, t. XII de sus Obras Completas, Madrid, 1.896.

4. PRESUPUESTOS DEL INDULTO PARTICULAR:

La Ley de 18 de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto previene una serie de presupuestos o condicionantes cuya concurrencia es exigible en orden a la ulterior concesión del indulto; presupuestos que dada su heterogeneidad, estimamos la oportunidad de agruparlos en los siguientes apartados, así:

A) EN RELACIÓN AL BENEFICIARIO:

1. Que ostente la condición de penado:

Es decir que se haya dictado sentencia condenatoria, y ésta haya devenido firme, con independencia de que la ejecución de la pena haya sido suspendida; se trata de un presupuesto exigido en los artículos 1 y 2.1 de la Ley de 18 de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto que entendemos ha de encuadrarse no solamente como presupuesto para la concesión del indulto, sino como presupuesto para la previa solicitud, por cuanto no es viable una solicitud de remisión de una pena que aun no ha resultado determinada.

2. Que se encuentre a disposición del Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la condena:

Presupuesto no carente de ambigüedad e imprecisión, por cuanto deja un amplio margen de posibles interpretaciones. Un sector doctrinal, aunque minoritario, ha querido entender que el legislador con este presupuesto exige el cumplimiento efectivo de la condena, excluyendo así de la gracia a quien

hubiese sido suspendida la ejecución de la pena. Parecer que entendemos del todo desafortunado en cuanto la suspensión de la ejecución de la pena no sólo es una posibilidad cuya interconexión con la solicitud de indulto queda legalmente prevenida, sino en ocasiones la primera se decreta en orden a evitar la frustración de la finalidad de la segunda.

Por todo ello, y siguiendo a LLORCA ORTEGA, habrá de entenderse referido el presupuesto a la proscripción de la aplicación de la gracia “a quienes no estén a disposición del órgano judicial o estuvieren fugados del Centro Penitenciario de cumplimiento, y se halaren en ignorado paradero, y ello conforme al principio *no debe ser oído en gracia, quien no ha querido serlo en justicia*”¹⁹⁵.

3. Que no sea reincidente en el mismo o en otro cualquiera delito por el cual hubiese sido condenado por sentencia firme:

Se plantea acertadamente LLORCA ORTEGA como primera y principal cuestión que plantea este presupuesto la de determinar el verdadero alcance del término “reincidente”. Así, suscribe el autor que “cuando la Ley de 1870 habla de reincidentes ¿se refiere al concepto de reincidentes regulado en el artículo 22-8ª del Código Penal actual? A mi juicio, no. En el momento de la promulgación de la L.I., tanto el C.P. de 1850, que declinaba, como el C.P. de 1870, que surgía a la luz, contenían, a los efectos que ahora interesa dos circunstancias agravantes claramente diferenciadas: la que, posteriormente, recibió la denominación de reiteración¹⁹⁶ y la de reincidencia¹⁹⁷. Si se compara

¹⁹⁵ LLORCA ORTEGA, J., en *La Ley de Indulto: Comentarios, Jurisprudencia, Formularios y notas para su reforma*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2.003, p. 24.

¹⁹⁶ “Haber sido castigado el culpable anteriormente por delito a que la ley señale igual o mayor pena” (art. 10-17ª, del C.P. de 1850). “Haber sido castigado el culpable anteriormente por delito a que la ley señale igual o mayor pena o por dos o más delitos a que aquella señale pena menor. Esta circunstancia la tomarán en consideración los tribunales según las circunstancias del delincuente y la naturaleza y los efectos del delito” (art. 10-17ª del C.P. de 1870).

¹⁹⁷ “Ser reincidente de delito de la misma especie” (art. 10-18ª del C.P. de 1850). “Ser reincidente. Hay reincidencia cuando al ser juzgado el culpable por un delito estuviere ejecutoriamente condenado por otro comprendido en el mismo título del Código” (art. 10-18ª del

la exclusión que, como beneficiarios de la gracia, hace el legislador en el artículo 2º, tercero, de la L.I., fácilmente se comprueba que el término “reincidentes” ha sido utilizado en una acepción genérica, comprensiva de las dos circunstancias agravatorias, pero, a la vez sin condicionarse por los requisitos exigidos en los respectivos preceptos que las tipifican, hasta el punto que la condena anterior por cualquier delito distinto –con independencia de su gravedad e, incluso, aunque tuviese señalada pena menor- impedía la concesión de la gracia y, sin embargo, tal antecedente no hubiere podido constituir agravante alguna, ni como reincidencia ni como reiteración. Es evidente que el término “reincidente”, utilizado por la Ley de Indulto, no coincide con el regulado en los sucesivos Códigos Penales en orden a las circunstancias agravantes de reincidencia y reiteración. Es utilizado en una acepción vulgar, de modo que bastará una anterior condena por delito, cualquiera que sea su naturaleza y gravedad, para que nazca el impedimento al otorgamiento de la gracia. Ahora bien, para que la condena anterior pueda ser obstáculo a la concesión de la gracia será necesario: que los hechos que motivaron la condena, en la que se postula la gracia, sean de fecha posterior a la de la sentencia firme; y que no se den los requisitos para la cancelación del antecedente penal.”¹⁹⁸

Asimismo es planteable si el hecho de haber sido indultado con anterioridad puede suponer una proscripción para ser beneficiario nuevamente de la gracia de indulto. Al respecto hemos de advertir que la Ley de 18 de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto ninguna prohibición establece al respecto, tan sólo viene a disponer en su artículo 25, en relación a las diligencias a practicar en la fase de instrucción del procedimiento de indulto la relativa a acreditar si el potencial beneficiario fue condenado por otro delito “y si cumplió la pena impuesta o fue de ella

C.P. de 1850). “Ser reincidente. Hay reincidencia cuando al ser juzgado el culpable por un delito estuviere ejecutoriamente condenado por otro comprendido en el mismo título del Código” (art. 10-18ª del C.P. de 1870).

¹⁹⁸ LLORCA ORTEGA, J., op. cit., pp. 25 y 26.

indultado, por qué causa y en qué forma”. Razón por la cual, obviamente, entendemos que el hecho de no haber sido indultado previamente no constituye un presupuesto del indulto, ni que existan fundamentos sólidos que puedan sustentar lo contrario. Todo ello, sin perjuicio de entender, que los efectos del indulto no se extienden a los antecedentes penales, de modo que un indulto precedente conlleva una condena precedente, siendo así que el sujeto no quedará excluido del indulto por el hecho de haber sido previamente indultado, sino, en su caso, por el hecho de ser reincidente en el sentido del apartado 3 del artículo 2 de la L.I.

**B) EN RELACIÓN AL DELITO DEL QUE TRAE CAUSA LA PENA
OBJETO DE INDULTO:**

La Ley de 18 de junio de 1.870 por la que se establecen regla para el ejercicio de la Gracia de Indulto no contiene limitación alguna en cuanto a los delitos cuyas penas son susceptibles de ser remitidas mediante la gracia de indulto¹⁹⁹; así su artículo 1 es taxativo al disponer que “los reos de toda clase de delitos podrán ser indultados, con arreglo a las disposiciones de esta Ley, de toda o parte de la pena en que por aquellos hubiesen incurrido”.

Tan sólo cabrá hablar, no de una limitación o excepción a la regla general que no existen, sino de una especialidad procedimental que queda referida al supuesto de que las penas objetos de indulto sean causa de los llamados delitos privados o a aquellos que se persiguen a instancia de parte, en cuyo caso la Ley de 18 de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto configura como condición tácita de un

¹⁹⁹ Conviene advertir que la ausencia de dicha limitación no es inmemorial, por cuanto históricamente estuvieron expresamente excluidos de la gracia de indulto, las penas resultantes de la comisión de los delitos denominados “feos o enormes”, así como los casos de Hermandad; sin embargo fueron múltiples y variados los recursos seguidos por algunas autoridades para eludir tales excepciones. Así, en este antiguo reino, el Conde de Oropesa, como Virrey de Valencia, en sus pugnas por combatir el bandolerismo, propuso indultos para penas derivadas de delitos exceptuados, con el pretexto de que, con independencia de la naturaleza del delito, había que estar “al mérito de la prueba”, lo que fue corregido por el Rey Felipe IV mediante la Real Cédula de 14 de febrero de 1.647.

ulterior indulto, en el apartado 2 de su artículo 15, que “haya sido oída la parte ofendida”. Condición tácita que deducida del tenor del precepto, la entendemos exclusivamente como un presupuesto procedimental, basado en la audiencia al ofendido, pero sin que sea susceptible de considerar el parecer de la parte ofendida manifestado en el trámite de audiencia como un consentimiento o desautorización determinante o vinculante al órgano decisor en orden a la concesión o denegación de la gracia; por el contrario consideramos que lo manifestado por la parte ofendida en la audiencia conferida habrá de ser valorado no más que como un dato fáctico adicional a los muchos que conforman el expediente.

Sobre la discutida viabilidad de extender los beneficios de la gracia de indulto a las penas derivadas de la comisión de faltas, entiendo que, a pesar de que el artículo 1 de la L.I. refiere a “los reos de toda de delitos” omitiendo cualquier alusión los condenados por faltas, ha de ser admitida la indicada extensión, por cuanto el indulto constituye al tiempo una causa de extinción de la responsabilidad penal, que engloba tanto la responsabilidad por la comisión de delitos como por la comisión de faltas, prevenida en el apartado 4 del artículo 130 del Código Penal, encuadrada, por tanto, en la parte general y referida, en consecuencia, tanto a delitos como a faltas²⁰⁰.

C) EN RELACIÓN A LA PENA OBJETO DE INDULTO:

No existe limitación alguna contenida en la Ley de 18 de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto en orden a la clase de pena objeto de ser indultada, de modo que la gracia podrá

²⁰⁰ En este sentido LLORCA ORTEGA, J., op. cit., p. 33.; GIMENO GÓMEZ, op. cit., p. 910; GONZÁLEZ CANO, I., en La ejecución de la pena privativa de libertad, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1.994, p. 204.

remitir cualquier pena comprendida en el catálogo general del artículo 33 del Código Penal²⁰¹.

Asimismo la pena objeto de indulto no puede estar cumplida, presupuesto que es expresamente exigido en el artículo 4 de la L.I., cuando al definir los diferentes tipos de indulto en función de su alcance, se refiere a la remisión de (todas, alguna o algunas, o de parte de todas) las penas a que hubiese sido condenado o hubiese incurrido y que todavía no hubiese cumplido el delincuente.

Regla general que tan sólo cuenta con una excepción, tal cual es la referida a la pena pecuniaria, que será particularmente tratada en el apartado correspondiente a las excepciones, si bien hemos de adelantar que, a nuestro entender, supone una expresa y al tiempo residual excepción contenida en la L.I. no susceptible de extenderse a ningún otro supuesto y que difícilmente concilia con la propia naturaleza del instituto, en cuanto el indulto es un recurso para la realización de la justicia material al caso concreto que extiende sus efectos por y para el futuro y que sus razones y presupuestos operan, en su caso, en el momento de la concesión, hace justicia al remitir las penas que quedan por cumplir, sin que, entendamos, engarce con sus fines la compensación de penas ya cumplidas.

D) EN RELACIÓN A TERCEROS:

El apartado 1 del artículo 15 de la Ley de 18 de junio de 1.870, por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto viene a

²⁰¹ Advierte LLORCA ORTEGA que “la L.I. al regular los efectos de las distintas modalidades de indulto que recoge, no se refiere, por lo general, a cada una de las penas en concreto, no alude a cada castigo en particular, sino que fija los efectos de la gracia en función del carácter principal o accesorio de la pena sobre la que recae. Este modo de regular el indulto ha hecho posible que la Ley decimonónica, tras la publicación del nuevo C.P. de 1995 y la aparición de un nuevo elenco de penas, no haya quedado obsoleta y, por el contrario, conserve su eficacia y aplicabilidad.”, LLORCA ORTEGA, J., op. cit., p. 33.

disponer como condición tácita de todo indulto “que no cause perjuicio a tercera persona o no lastime sus derechos”.

Sin embargo, nos parece en exceso confuso el presupuesto, por cuanto ¿en qué puede perjudicar y a quien la remisión o no de una pena de un tercero condenado?, y ¿qué derecho ostenta el perjudicado o la víctima a la no remisión de la pena impuesta al condenado?

A mi juicio, la víctima o perjudicado por un delito en caso alguno es titular de un derecho a la pena del culpable o responsable penalmente, todo lo más de un derecho a la tutela judicial efectiva que entre otras manifestaciones se extiende al derecho a un procedimiento con todas las garantías, sin que bajo ningún concepto tenga derecho de disposición alguno sobre la pena ni sobre su posible remisión, así como tampoco se puede considerar perjudicado jurídicamente por que se aplique la ley, (en este caso la Ley de Indulto), al conceder la gracia.

En este mismo sentido se pronuncia LLORCA ORTEGA quien entiende que “resulta ciertamente difícil imaginar que un indulto particular “post sententiam” pueda causar perjuicio a tercera persona o lastimar sus derechos, salvo, en un plano moral, ver en la impunidad al causante de sus desdichas”²⁰².

Por mi parte entiendo, sin perjuicio de obviar aquellas motivaciones que se escapan de un plano estrictamente jurídico, de la oportunidad o no de dedicar un sentir hacia las víctimas en una ley dirigida al culpable, que el precepto y presupuesto en cuestión carece de contenido real, que es estéril en cuanto no representa un supuesto determinado o determinable, que tal condición no es susceptible de ser exigible por inexistente, por cuanto no está previsto en el plano jurídico ni un derecho de la víctima o perjudicado por un delito al cumplimiento efectivo de la pena por el culpable o ni un derecho a la remisión de la misma.

²⁰² LLORCA ORTEGA, J., op. cit., p. 38.

Pues bien, una vez expuestos y desarrollados los presupuestos que anteceden y condicionan la concesión del indulto, se hace preciso el tratamiento de los supuestos que excepcionan a los mismos, que será acometido en los siguientes apartados:

I. LA EXCEPCIÓN A LA PROSCRIPCIÓN DE REINCIDENCIA:

El último párrafo del artículo 2 de la Ley de 18 de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de indulto contiene una excepción que ha de entenderse inequívocamente referida al presupuesto contenido en el punto 3 del mismo artículo relativo a la necesidad de no reincidencia en orden a poder ser beneficiado por el indulto. De este modo, el último párrafo del artículo 2 previene la posibilidad de conceder el indulto a un reincidente en el mismo o en otro cualquiera delito por el cual hubiese sido condenado por sentencia firme, siempre que a juicio del Tribunal sentenciador, existan razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública para otorgarle la gracia.

II. LA EXCEPCIÓN DEL ARTÍCULO 3 DE LA L.I.: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL INDULTO ANTICIPADO:

Angosto, confuso, contradictorio, desacertado, merecedor de su supresión o modificación nos parece el tenor literal del artículo 3 de la Ley de 18 de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto. Redacción que ha supuesto el esencial acicate que ha sustentado y sustenta la prescindible, estéril pero a la vez peligrosa discusión acerca de la oportunidad o inoportunidad del llamado indulto anticipado.

Así, si bien el artículo 2 venía a preestablecer los presupuestos para la concesión de indulto, con la excepción ya reseñada de su último párrafo, el artículo 3 viene a disponer que “lo dispuesto en el artículo anterior no será

aplicable a los penados por delitos comprendidos en el Capítulo I, secciones primera y segunda del Capítulo II, y en los Capítulos III, IV y V, todos del Título II, del Libro II del Código Penal”.

Pues bien, el primero y quizá el más trascendente de los problemas que plantea la redacción del artículo 3, deviene de la necesidad de determinar cual o cuales de los presupuestos exigidos en el artículo 2 son objeto de tal excepción. Se podría pensar en un primer momento, quizá producto de una lectura apresurada del precepto, que la excepción se extiende a todos los presupuestos contenidos en el artículo precedente, inclusive el relativo a la necesidad de que el beneficiario de la gracia haya sido condenado por sentencia firme.

Sin embargo, por nuestra parte, entendemos del todo ilusorio y desafortunada tal consideración, así, por una parte, porque la exigencia de que exista condena mediante sentencia firme para que el reo pueda ser indultado, concilia directamente con la propia naturaleza, con los elementos que definen y caracterizan, y desde antaño han definido y caracterizado, la institución del indulto particular: porque extender los efectos del indulto particular cuando la responsabilidad penal no está determinada supone desvirtuar la institución, desconfigurándola y constituyéndola en un híbrido con otras formas de gracia como la amnistía; que es inoportuna, igualmente, tal consideración porque el indulto, tal y como viene configurado en el artículo 130.4 del Código Penal constituye una causa de extinción de la responsabilidad penal y no es sino tras la sentencia condenatoria cuando está queda determinada; y entre otras de las razones que nos conllevan a considerar la inoperancia de la excepción al presupuesto mencionado, reseñamos la propia expresión del precepto que se refiere a “penados”, de por sí determinante de la necesidad de una previa condena en sentencia firme.

En cuanto a la posibilidad de que la excepción del artículo 3 pueda afectar a los presupuestos contenidos en los puntos 2º y 3º del artículo anterior, concretamente a la necesidad de que el reo esté a disposición del Tribunal para el cumplimiento de la condena y que no sea reincidente, y sin perjuicio de

entrar a valorar en este momento la ilegitimidad de la causa en que tales excepciones se fundamentan, entendemos que, en estos casos, no operan los impedimentos y la inviabilidad que informa la posibilidad de extenderse al primero de los presupuestos arriba explicitado.

Por todo ello, consideramos que la excepción del artículo 3 habrá de operar, todo lo más, respectos a los presupuestos contenidos en los apartados 2º y 3º del artículo precedente, sin que sea posible su extensión al 1º de ellos, por las razones antes apuntadas²⁰³.

En otro orden de cosas y en relación a los supuestos enumerados en el susodicho artículo 3 que motivan la excepción en él contenida, conviene precisar lo siguiente:

Los delitos previstos en el citado artículo, concretamente los comprendidos en el Capítulo I, secciones primera y segunda del Capítulo II, y en los Capítulos III, IV y V, todos del Título II, del Libro II del Código Penal, corresponden a los tradicionalmente denominados “delitos políticos”²⁰⁴; relación de delitos que obedece a la nueva redacción del artículo operada por la reforma de la ley originaria, a través de la Ley 1/1988, de 14 de enero, adaptando así las originarias referencias del Código Penal de 1.870 (“Delitos de lesa Majestad”; “De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución”; “Rebelión”; “Sedición”) a la sistemática del entonces vigente Código Penal de 1.973 (“Delitos contra el Jefe del Estado, su sucesor, altos organismos de la Nación y forma de Gobierno”; “Delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes”; “Rebelión”; “Sedición” y

²⁰³ En este mismo sentido, LLORCA ORTEGA, J., op. cit., pp. 29 y 30. En contra, DEL TORO, en “Comentarios al Código Penal”, t.II, p. 643, Barcelona, 1.972; LINDE PANIAGUA, E., Amnistía e indulto en España, op. cit., p. 180; FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., op. cit., p. 265, quienes entienden que, en el supuesto del artículo 3, puede aplicarse el indulto sin mediar sentencia.

²⁰⁴ GARCÍA VALDÉS, C., en El delito político, Suplemento de Cuadernos para el Diálogo, nº 69, 1.976, acomete un extenso estudio sobre el particular, donde enuncia dos teorías en orden a tratar de diferenciar el delito político; en el mismo se refleja claramente la imposibilidad de una diferenciación realmente fiable.

“Disposiciones comunes a los dos capítulos anteriores”). Si bien, al ser promulgado el nuevo Código Penal de 1.995, con una sistemática sustancialmente diferente a la de su precedente, al no haber sido modificada la redacción del artículo 3, se plantea la necesidad de rectificar las referencias que el citado precepto contiene.

Así, y siguiendo a LLORCA ORTEGA, entendemos que la “controvertida y confusa “delincuencia política” del pasado siglo, ha de quedar concretada en el momento presente, en los delitos comprendidos en los capítulos I y II, del título XXI, del libro II (“Rebelión” y Delitos contra la Corona”); en la sección 1ª, del Capítulo III, de los título y libro antes citados (“Delitos contra las Instituciones del Estado”); en la sección 1ª, del Capítulo IV, de los repetidos título y libro (“De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución”); en el Capítulo V, de los repetidos título XXI y libro II (“De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales”); y en el capítulo I, del título XXII, del libro II (“Sedición”)²⁰⁵.

Por todo ello, entendemos, la inexcusable necesidad de acometer la modificación del artículo 3 de la L.I., por una parte, en orden a acotar con claridad la extensión de la excepción en él contenida a los presupuestos 2º y 3º del artículo precedente, excluyendo con rotundidad la peligrosa posibilidad del indulto anticipado, así como, por otra parte, o bien justificar adecuadamente la especialidad y el tratamiento privilegiado en el supuesto de los llamados “delitos políticos” adecuando, en todo caso, su sistemática a la del Código Penal de 1.995, o bien suprimiendo la susodicha especialidad, en cuanto difícilmente puede fundamentarse, en el momento presente, un tratamiento privilegiado para el caso de los referidos “delitos políticos”.

²⁰⁵ LLORCA ORTEGA, J., op. cit., pp. 28 y 29.

III. LA EXCEPCIÓN DEL ARTÍCULO 102.3 DE LA C.E.:

La Constitución Española prohíbe, en el apartado 3 de su artículo 102, la aplicación de la prerrogativa real de gracia a los supuestos de responsabilidad criminal del Presidente y los demás miembros del Gobierno. Es así que por consideración constitucional expresa, el Presidente y los Ministros del Gobierno quedan excluidos de los sujetos susceptibles de beneficiarse del indulto particular y, en caso de ser admitida, de la amnistía.

Esta inaplicación del derecho de gracia, considera OBREGÓN GARCÍA²⁰⁶, se explica históricamente por el temor a que su ejercicio pudiese implicar la ineficacia de un *impeachment* aprobado por el Parlamento. Asimismo, entiende ALZAGA que el apartado tercero del artículo 102 CE, está inspirado “en el mejor sentido común, puesto que, ejercitándose la prerrogativa real de gracia a iniciativa del Ministro de Justicia, sería grave falta de respeto para con el Tribunal Supremo que condenó, para con el Congreso que acusó y, en suma para con el pueblo español y su ordenamiento jurídico, el que el Ministro de Justicia pusiera a la firma del Rey el correspondiente Decreto indultando a sus antiguos colegas de Gabinete”²⁰⁷.

Si bien el hecho de que la gracia pueda recaer sobre el Presidente y demás miembros del gobierno, puede dar lugar, con relativa facilidad, a que su ejercicio esté gobernado por la indebida arbitrariedad y parcialidad, participo con un sector doctrinal²⁰⁸, que si bien es cierto que la prohibición, en principio, obedece a criterios razonables, la generalidad de la misma, parece excesiva.

²⁰⁶ OBREGÓN GARCÍA, A., La responsabilidad criminal de los miembros del Gobierno: análisis del artículo 102 de la Constitución española, Civitas, Madrid, 1996, p. 144.

²⁰⁷ ALZAGA VILLAAMIL, O., La Constitución española de 1978, Ediciones del Foro, Madrid, 1978, p. 639.

²⁰⁸ En este sentido, SANTAOLALLA LÓPEZ, F., RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., entre otros.

A mi juicio, considero que si se dieran los presupuestos que justifican la concesión de la gracia, no veo justificación en excluir de su beneficio al presidente y demás miembros del Gobierno apoyándose únicamente en la discutible imparcialidad en su concesión, pues ello denotaría la ausencia de suficientes elementos reglados en su ejercicio y la incapacidad de su control, de por sí suficientes para garantizar el objetivo y seguro ejercicio de la facultad.

OBREGÓN GARCÍA²⁰⁹, al respecto suscribe que la conciliación de ambas ideas –riesgo elevado de uso arbitrario del derecho de gracia pero conveniencia, en algún caso, de su ejercicio- ha conducido a diversas Constituciones (española de 1869, belga de 1831, danesa de 1953) a permitir el beneficio del indulto en supuestos de responsabilidad penal de miembros del Gobierno, aunque exigiendo adicionalmente que la gracia sea aprobada o propuesta por las mismas Cámaras que los acusaron o juzgaron, sistema que parece bastante equilibrado.

IV. LA EXCEPCIONAL CONSIDERACIÓN DE LA PENA PECUNIARIA:

Como ya quedó advertido en su momento, el presupuesto exigido en el artículo 4 de la Ley de 18 de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, relativo a la exigencia de que la pena objeto de indulto no puede estar cumplida, cuenta con la expresa excepción referenciada a la pena pecuniaria en el artículo 8, de modo que cuando así sea determinado expresamente, el indulto de la pena pecuniaria eximirá al indultado no sólo del pago de la cantidad que aún no hubiese satisfecho, sino que comprenderá, asimismo, la devolución de la ya pagada.

²⁰⁹ OBREGÓN GARCÍA, A., op. cit., p. 146.

Excepción que como ya apuntábamos, ha de de ser entendida como una expresa y al tiempo residual excepción contenida en la L.I. que, en ningún caso, consideramos, es susceptible de extenderse a ningún otro supuesto por cuanto difícilmente concilia con la propia naturaleza del instituto; así, el indulto particular es un instituto que opera por y para la realización de la justicia material al caso concreto, que extiende sus efectos por y para el futuro, y que sus razones y presupuestos operan, en su caso, en el momento de la concesión, hace justicia al remitir las penas que quedan por cumplir, sin que, entendamos, engarce con sus fines la compensación de penas ya cumplidas.

Por otra parte, es de destacar que la L.I. en su artículo 8 omite cualquier referencia al supuesto de la responsabilidad personal subsidiaria en el caso de impago de la multa. Es planteable, en consecuencia, si el indulto es susceptible de extenderse a esta responsabilidad personal subsidiaria, y si, en su caso, ha de extenderse, igualmente, a ésta la excepción contenida en el artículo 8.

A este respecto apunta LLORCA ORTEGA que “el legislador entendió que, impuesta la pena de multa en la sentencia, lo que se indulta es este castigo pecuniario, independientemente de su “forma” de ejecución, bien por vía de pago fraccionado bien por vía de privación de libertad, que, conforme al art. 53 del C.P., podrá cumplirse en régimen de prisión o en régimen de arrestos de fin de semana. El indulto, pues, de la pena de multa repercutirá en su caso, sobre la responsabilidad personal subsidiaria. Ahora bien, como en el C.P. de 1995 dicha responsabilidad personal –cualquiera que sea su régimen de cumplimiento- ha sido elevada al rango de pena, entiendo que, malgrado el pago, no existirá obstáculo legal que impida la concesión de indulto sobre dicha responsabilidad personal subsidiaria”²¹⁰.

Por mi parte, si bien comparto la consideración de que no existe obstáculo alguno que impida la extensión del indulto, en su caso, a la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa, entiendo

²¹⁰ LLORCA ORTEGA, J., op. cit., p. 34.

del todo inoperante e inoportuna la posibilidad de extender a ésta la excepción contenida en el artículo 8 para la pena pecuniaria, por cuanto no es dable concebir en modo alguno la restitución de la responsabilidad personal subsidiaria ya cumplida.

En conclusión, la excepción del artículo 8, entendemos, ha de operar única y exclusivamente, de concurrir sus presupuestos, al estricto y particular supuesto de la pena pecuniaria.

5. CAUSAS O MOTIVOS DE INDULTO PARTICULAR:

No depara en cobijar la Ley de 18 de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, causa o motivo alguno que haga oportuna la concesión de indulto, tan sólo su artículo 11 refiere para el caso del llamado indulto total la necesidad de que existan a favor del penado, “razones de justicia, equidad o utilidad pública, a juicio del Tribunal sentenciador”. Por su parte el Código Penal en el apartado 3 de su artículo 4, en clara referencia al indulto de iniciativa judicial, viene a disponer que “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 reo”. Confusa redacción del precepto que no ha obstado, sin embargo, para la consideración doctrinal casi unánime de entender circunscrita la posibilidad de solicitud judicial de indulto, únicamente, a los supuestos de “pena notablemente excesiva”; así se apunta que las propuestas de indulto a iniciativa del Tribunal o del Fiscal no se dirigen a subsanar los casos en que se sancionan acciones u omisiones que no debieran pensarse. La remisión que realiza el art. 20 de la L.I. al art. 4.3 del C.P., no puede comprender dicha proposición en el sentido de corregir una injusta tipicidad, ya que tal misión arrogaría funciones de Poder Legislativo, y de pretender la corrección deberá producirse por la exposición al Gobierno y no por el indulto.

Indefinición positiva en general de las causas o motivos que fundamentan la concesión de indulto, consagración del carácter abierto del derecho de gracia en orden a las referidas causas o motivos que, siempre inspiradas en razones de justicia, equidad o utilidad pública, han de fundamentar la susodicha concesión, como manifestación de la realización de

la justicia material al supuesto particular, que, en cualquier caso, no ha obstado para su determinación o delimitación, operando a modo de precedente, a través de la concreción, a lo largo de su dilatada evolución histórica, de los fines de justicia material que justifican el instituto, (siempre, y reiteramos, sin perjuicio, de su carácter abierto atendidas las especialidades y singularidades de cada caso concreto que harán oportuna la concesión del indulto cuando la misma suponga la realización de la justicia material), causas que podemos denominar comunes y que identificamos con las siguientes:

I. LA VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS COMO POSIBLE CAUSA DE INDULTO:

La Constitución Española en el apartado primero de su artículo 24 reconoce el derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos. Este derecho, que goza desde la perspectiva jurídica de reconocida autonomía respecto al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva²¹¹, está directamente vinculado con el tiempo en que debe prestarse por los órganos del poder judicial, de ahí que el apartado segundo del citado artículo, reconozca entre las garantías que aseguran el correcto ejercicio de la potestad jurisdiccional el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas, pues en plazos excesivamente largos e injustificados, la administración de la justicia desatiende sus fines y deviene ineficaz y consecuentemente injusta.

Este derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no sólo está garantizado por el artículo 24.2 de la Constitución Española, recibe igualmente tratamiento en Tratados y Pactos Internacionales suscritos por España²¹².

²¹¹ En este sentido, entre otras, las SSTC 26/1983, FJ 2; 61/1991, FJ 1; 35/1994, FJ 2; 298/1994, FJ 2 y 324/1994, FJ 2.

²¹² Artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio de Roma): "Toda persona tiene derecho a que su causa

El Tribunal Constitucional ha sentado, a través de reiteradas resoluciones, la férrea doctrina por la cual significa que el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) no ha supuesto la constitucionalización del derecho a los plazos procesales establecidos por las leyes (SSTC 5/1985, 324/1994, 109/1997, 99/1998 y 58/1999, entre otras), configurándose a partir de la dimensión temporal de todo proceso y razonabilidad. La prohibición de retrasos injustificados en la marcha de cualesquiera procesos judiciales impone a Jueces y Tribunales el deber de obrar con la celeridad que les permita “la duración normal o acostumbrada de litigios de la misma naturaleza” (SSTC 223/1984, 43/1985, 50/1989, 10/1997, 140/1998) y con la diligencia debida en el impulso de las distintas fases por las que atraviesa un proceso (art. 237 LOPJ); deber cuya observancia ha de ser observada por el Tribunal Constitucional con mayor rigor cuando se trate de retrasos en la tramitación de procesos penales, habida cuenta de su eventual incidencia sobre la libertad personal de los inculcados en ellos (art. 17.1 CE) y sobre el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) del que gozan todas las partes procesales (SSTC 8/1990, 41/1996 y 10/1997).

El propósito de tales exigencias es el de llegar a un satisfactorio equilibrio entre, de un lado, la realización de toda la actividad judicial indispensable para la resolución del caso del que se conoce y para la garantía de los derechos de las partes y, de otro, el tiempo que dicha realización precisa, que habrá de ser el más breve posible (STC 58/1999, fundamento jurídico 6º). Tanto la obtención de la información suficiente para una correcta resolución jurisdiccional de los conflictos, con la formación de un juicio y la adopción de garantías de los derechos de intervención y defensa de las partes en litigio, requieren, ciertamente, un determinado lapso de tiempo; sin embargo,

sea oída.....dentro de un plazo razonable”. Artículo 14.3.c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a ser juzgada sin dilaciones indebidas”. Artículo 67.1.c) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: “En la determinación de cualquier cargo, el acusado tendrá derecho a ser oído públicamente, habida cuenta de las disposiciones del presente Estatuto, y a una audiencia justa e imparcial, así como a las siguientes garantías mínimas en pie de plena igualdad: a ser juzgado sin dilaciones indebidas”.

la adecuada satisfacción jurídica de las pretensiones de los sujetos que acudieron a los órganos de justicia exige también la máxima celeridad. El concepto de “dilaciones indebidas” es, pues, un “concepto indeterminado o abierto” (STC 36/1984, 5/1985, 233/1988, 28/1989 y 85/1990, entre otras muchas), que designa una determinada ruptura del citado equilibrio, no identificable, como ya se ha dicho, con el mero incumplimiento de los plazos procesales, sino con un retraso en la administración de justicia que no está suficientemente justificado en el modo o en el objeto de dicha actividad (STC 324/1994).

Desde tales premisas, el Tribunal Constitucional ha fijado los términos en los que deben enjuiciarse los retrasos judiciales en coincidencia con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 6.1 del Convenio de Roma (derecho a que la causa sea oída en “un tiempo razonable” que ha sido tomada como el estándar mínimo garantizado en el art. 24.2 CE (casos *Wemhifft*, de 27 de junio de 1968; *Neumeister*, de 27 de junio de 1968; *Ringelsen*, de 6 de julio de 1971; *Konig*, de 28 de julio de 1978; *Buchholz*, de 6 de mayo de 1981; *Eckle*, de 15 de julio de 1982; *Foti* y otros, de 10 de diciembre de 1982; *Corigliano*, de 10 de diciembre de 1982; *Zimmermann-Steiner*, de 13 de julio de 1983; *Pretto*, de 8 de diciembre de 1983; *Lechner Hess*, de 23 de abril de 1987; *Capuano*, de 25 de junio de 1987; *Baggetta*, de 25 de junio de 1987; *Milasi*, de 25 de junio de 1987; *Sanders*, de 7 de julio de 1989, entre otros). Siguiendo dicha doctrina, una vez más debe recordarse que el juicio sobre el contenido concreto de las dilaciones, y sobre si son o no indebidas, debe ser el resultado de la aplicación a las circunstancias específicas de cada caso de los criterios objetivos que a lo largo de nuestra jurisprudencia se han ido precisando, y que son la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que en aquel arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades y, por último, a los efectos tan sólo de cual haya de ser el alcance de nuestro pronunciamiento, el hecho de que haya cesado o no la dilación denunciada al tiempo de resolver el recurso de amparo interpuesto con tal motivo.

Advierte LLORCA ORTEGA²¹³ que, ordinariamente, la denuncia de la infracción del derecho a un proceso sin dilaciones tiene como fin primordial que cese la demora injustificada y que se adopten las medidas oportunas para conseguir la conclusión del proceso, pero ¿Qué ocurre cuando, terminado el proceso, la infracción de este derecho fundamental es alegada en vía impugnativa o es estimada en la misma resolución que le pone fin? El reo contra el que se ha dictado sentencia condenatoria tras un juicio con dilaciones indebidas ¿tendrá derecho, al margen de la indemnización de posibles perjuicios y de exigencia de responsabilidad a terceros, a alguna “compensación” dentro del ámbito sancionador?

Los órganos judiciales han aplicado diversas medidas ante esta situación, debiendo diferenciar los supuestos en que el órgano judicial hubiere apreciado dilaciones indebidas de los que hubiere apreciado simples dilaciones que no alcancen el rango de indebidas.

Entre las soluciones adoptadas por los órganos judiciales destacamos las siguientes:

1º. Inejecución de la pena: Criterio que adolece de forma patente de la ausencia de cobertura legal, ha sido enérgicamente rechazado por el Tribunal Constitucional en las Sentencias nº 381/1993 y 35/1994, entre otras. No existe norma alguna en la que poder fundamentar tan anómala solución que, desde el punto de vista técnico, intenta reparar la violación de un derecho fundamental incidiendo en otra (la inejecución equivale a una denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, igualmente consagrado en el artículo 24 de la CE).

2º. Asimilación de la dilación indebida con la prescripción: Parte del presupuesto erróneo de pretender la relación analógica entre la prescripción y la dilación indebida; posibilidad, asimismo rechazada por el Tribunal

²¹³ LLORCA ORTEGA, J., op. cit., p. 91.

Constitucional por la improcedente relación analógica entre ambas figuras²¹⁴, siendo estas cuestiones independientes²¹⁵.

3º. Dilación indebida como atenuante analógica: Entendiendo la gracia como recurso de excepción, agente que erosiona el sistema democrático de derecho, que requiere justificar debidamente las consecuencias desfavorables de su utilización, el conducir las causas que frecuentemente accionan esta institución por cauces que están o que estén previstos en la ley penal que no quiebren la acción de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, lo entiendo como una opción que sería deseable fuera alimentada en detrimento de normalizar peligrosamente el recurso al residual instituto de la gracia.

Es indudable que de facto las consecuencias desfavorables que un procesado sufre por las dilaciones indebidas atenúan irremediabilmente su posible grado de culpabilidad; circunstancia que sería deseable fuese apreciado por el juzgador siempre que la ley penal previera su invocación; de ahí la discusión sobre si la atenuante analógica del artículo 21.6º CP da reflejo a tal realidad.

Asimismo no entiendo acertado ignorar las posiciones doctrinales sobre el momento de determinación de la culpa, si ha de circunscribirse esta únicamente al momento de comisión del hecho delictivo, o si esta recorre un itinerario, se extiende más allá del momento de la comisión, pudiendo ser agravada, atenuada, y que es el examen de ese recorrido lo que determina concretamente su verdadera magnitud.

En el sentido de apreciar por las dilaciones indebidas, una posible causa de aplicación de una atenuante al acusado, se pronuncia el Pleno del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1999, así partiendo de la idea de que las penas han de ser proporcionadas a la gravedad de la culpabilidad, el Tribunal

²¹⁴ Sentencias del Tribunal Constitucional nº 83/1989 y 381/1993, entre otras.

²¹⁵ Sentencias del Tribunal Constitucional nº 224/1991; 150/1993; Auto nº 347/1992.

Supremo considera que si el acusado ya ha sufrido un mal con la excesiva duración del proceso, éste debe serle computado en la pena imponer; de esta forma se produce entre ambos males una compensación que determina una necesaria rebaja de la pena. Para ello el Tribunal Supremo configura la dilación indebida, dentro del proceso penal, como una atenuante analógica del artículo 21.6 del Código Penal²¹⁶, pero resulta discutible, desde el punto de vista técnico, el encuadre de las dilaciones indebidas en el número 6 del artículo 21, especialmente en lo referente a la necesidad de una relación “analógica” con el resto de las circunstancias atenuantes nominadas en dicho precepto. Por lo que se refiere a la fuerza atenuatoria de las dilaciones indebidas, se trata, como ya se ha indicado, de una atenuante analógica que producirá sus efectos a través de la regla 2ª del artículo 66, cuando concorra como única circunstancia modificativa, y, en otro caso, a través del régimen general de individualización de la pena²¹⁷; y ello, se entiende sin perjuicio de operar igualmente a través de los preceptos especiales moderadores a que hubiere lugar²¹⁸. Asimismo, cabría estimar la analogía de dilación indebida como atenuante muy cualificada, con los efectos previstos en el artículo 66-4ª, pues así parece propiciarlo con carácter general el actual momento jurisprudencial²¹⁹.

4º. Solicitud judicial de indulto: El Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1.992, adoptó el Acuerdo de limitar los efectos de la dilación indebida a fundamentar una solicitud de indulto y, eventualmente, el derecho a reclamar del Estado lo que pudiera corresponder como consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de Justicia (artículos 106.2 CE y 292 y ss. de LOPJ). Con este Acuerdo el tribunal Supremo abre la vía para la concretización de una causa, si no de

²¹⁶ Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1999; 11 de octubre de 1999.

²¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2000.

²¹⁸ Así, v.g., arts. 242.3, 514.2 ó 565, todos del CP.

²¹⁹ Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1999; 7 de julio de 2000.

concesión de indulto, sí de solicitud del mismo, mención de las causas que es obviada por la Ley de 18 de junio de 1870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la gracia de indulto, que en caso alguno tipifica los supuestos que dan lugar a su aplicación. El hecho de conducirse en orden a materializar las causas que pudieran dar lugar a la concesión de la gracia, puede tener efectos negativos y positivos, así, lo indeseable de normalizar el peligroso recurso a tan excepcional instituto y en sentido contrario la minoración de la facultad arbitraria o de máxima discrecionalidad del Ejecutivo para ponderar la procedencia o improcedencia de su concesión.

En la legalidad vigente y como una manifestación más del principio de sumisión del Poder Judicial al imperio de la Ley (artículo 17 CE), en los casos de dilación indebida, se dijo, no cabe otra opción que imponer la condena que corresponda conforme a las normas procesales existentes, con su correlativa ejecución, desde luego, y si se entendiera que el castigo pudiera ser excesivo, la solución no es otra que solicitar del Gobierno un indulto²²⁰.

5º. Criterio del Código Penal de 1.995 y de la actual Jurisprudencia: El artículo 4 del Código Penal, y siguiendo la línea jurisprudencias anteriormente aducida, únicamente prevé ante las dilaciones indebidas, la propuesta de indulto y la suspensión de la ejecución. Si bien, la propuesta de indulto como medida de solución ante las dilaciones indebidas cuenta con el rechazo de un importante sector doctrinal, al entender que dicho recurso atenta contra el artículo 123.1 CE, así como contra el principio de división de poderes, pues, en definitiva, deja en manos del Ejecutivo la reparación, por vía de indulto, del derecho fundamental lesionado, siendo así que esta es función esencial y

²²⁰ En este sentido LLORCA ORTEGA, J., entiende que “La solución adoptada para los casos de dilaciones indebidas (propuesta de indulto y derecho a una indemnización) no deja de ofrecer flancos a la crítica. En efecto, la irregularidad procesal, por una parte, se intenta paliar fuera del ámbito jurisdiccional (no es función de los jueces aplicar el indulto, sino en su caso, proponer e informar) y, por otra, la indemnización puede venir a ser, cuando se hace efectiva, un contrasentido, obligar a cumplir una pena y, por ese cumplimiento que se considera conforme a derecho, generar una indemnización. De ahí que se postulase el hallazgo de fórmulas adecuadas para resolver el problema, bien creando una “cuasi-prescripción” (sobre la base de sumar los tiempos “muertos” en la tramitación y reducir la pena en proporción, con unos límites determinados) o bien creando una circunstancia atenuante).”, op. cit., p. 93.

exclusiva del Poder Judicial, que ni puede ni debe renunciar a favor de la discrecionalidad del Ejecutivo (artículo 117 CE).

El criterio jurisprudencial más reciente, propiciado por el Pleno del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2.005, considera las dilaciones indebidas, dentro del proceso penal, como una atenuante analógica del artículo 21.6 del CP; atenuante analógica que, como ya quedó indicado anteriormente, producirá sus efectos a través de la regla 2ª del artículo 66, cuando concurra como única circunstancia modificativa, y en otro caso, a través del régimen general de individualización de la pena; todo ello, sin perjuicio de operar igualmente a través de los preceptos especiales moderadores a que hubiere lugar. Asimismo, las últimas líneas jurisprudenciales apuestan por estimar la analogía de la dilación indebida como atenuante muy cualificada, con los efectos previstos en el artículo 66-4ª, ya expuestos.

En virtud de los expuesto podemos considerar una duplicidad de efectos ante la vulneración del derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas: así, por una parte, el Código Penal sugiere tímidamente la propuesta de indulto, y por otra parte la jurisprudencia del Tribunal Supremo se inclina por la apreciación de una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal²²¹.

Pero la existencia de dilaciones indebidas en el proceso penal, que es el que aquí nos interesa, requiere a los efectos indicados que sea declarada judicialmente a partir del oportuno planteamiento del incidente.

La responsabilidad de impulsar el proceso penal, evitando dilaciones indebidas, corresponde tanto al órgano judicial²²² como al Ministerio Fiscal y a

²²¹ Entiende LLORCA ORTEGA, J., la vía del indulto como subsidiaria de la apreciación de una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, debiendo operar aquella cuando, por razones sustantivas o procesales, ésta resultase inoperante, op. cit., p. 95.

²²² La responsabilidad de impulsar el proceso compete, en primer término, al órgano jurisdiccional (Sentencias del Tribunal Supremo de 17 y 31 de enero y de 14 de mayo de 1.994, reflejo de una doctrina reiterada).

las partes, de modo que o bien de oficio o bien a instancia de parte, el órgano judicial ha de remover los obstáculos determinantes de la paralización, en primer lugar, y, a continuación, habrá de pronunciarse, en su caso, en orden a la existencia de dilaciones indebidas. En cuanto a las partes, pesa sobre ellas un deber de colaboración e, incluso, una verdadera carga procesal de colaborar al desarrollo normal del curso procesal²²³. Todas las partes, pues, gozan del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas tanto en su faceta prestacional como en la reaccional (Sentencias del Tribunal Constitucional 35/1994 y 237/2001).

En el ámbito específico que aquí interesa, concretamente en el ámbito del ejercicio de la prerrogativa de gracia, interesa examinar la actitud procesal del acusado (o condenado, en su caso), en cuanto a la doble finalidad que éste puede perseguir con dicho planteamiento, así, por un lado, la remoción de obstáculos determinantes de la paralización procesal, y, por otro, la declaración judicial de existencia de dilaciones indebidas. En cuanto a la primera finalidad, el acusado que entienda vulnerado el derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas, debido a una obstaculización y ralentización no justificada que impida el normal transcurrir del proceso, habrá de denunciar tal situación ante el órgano judicial que este conociendo el proceso, y, en caso de ser desatendida tal denuncia, habrá de acudir, por vía de recurso, al órgano judicial superior, peticionando la reparación de su derecho vulnerado (reanudación de la tramitación). Así, la finalidad consustancial a dicha reclamación es la cesación de los factores que impidan el normal transcurrir del proceso²²⁴.

²²³ Sentencias del Tribunal Constitucional de 25 de noviembre de 1.991; 13 de mayo de 1.992. Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1.992.

²²⁴ Puede suceder, y acontece con frecuencia, que, formulada la queja ante el órgano superior, de forma más o menos inmediata se reanuda la tramitación. Ello no ha de suponer el archivo de la reclamación (Sentencias del Tribunal Constitucional 184/1999 y 230/1999), ya que si bien el órgano superior no se pronunciará sobre la remoción de obstáculos, pues tal pronunciamiento resultaría superfluo, ha de hacerlo sobre la dilación denunciada, calificándola como razonable o como indebida.

Asimismo, el inculpado puede, igualmente, aspirar a que, por el órgano judicial correspondiente, se declare la vulneración del citado derecho fundamental, con el fin de poder reclamar, en el momento y por la vía procesal oportuna, lo que a su derecho convenga, pues, en el proceso penal, como ya se ha indicado, tal infracción puede dar lugar a la apreciación de una atenuante analógica o una propuesta de indulto²²⁵.

La forma de la reclamación dependerá del momento procesal en que se presente (instrucción, escrito de defensa, escrito de conclusiones definitivas, ejecutoria, etc). Pero, en todo caso, convendrá que en el reclamación se constaten las fechas en que aconteció el hecho, en que se inició la causa y en que tuvieron lugar los actos procesales más importantes; los paréntesis sufridos en la tramitación, con indicación de los días inicial y final de cada paralización, así como la causa -a juicio del reclamante- que los motivó, e indicación de la actitud procesal propia (del reclamante), la de las restantes partes y la del órgano judicial ante las paralizaciones²²⁶.

En el caso de que la reclamación se sustancie por vía impugnativa, es necesario aportar o citar el escrito o escritos de denuncia que en su día hubiere presentado con intención de obtener la reanudación de la actividad, el ahora reclamante. En general -y especialmente si de recurso de amparo se trata-, es necesario que haya mediado denuncia previa del retraso, dando la oportunidad al órgano judicial de reparar la lesión o de evitar que se produzca (Sentencia del Tribunal Constitucional 100/1996; Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2001). De lo contrario, correrá el riesgo de que la cuestión se estime extemporánea, pues no cabe su planteamiento “ex novo” ante el Tribunal Supremo o ante el Tribunal Constitucional.

²²⁵ El funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, que implica la declaración de dilaciones indebidas, puede dar lugar a una reparación económica de los perjuicios derivados de dicha lesión. Sin embargo, esta pretensión se ha de deducir fuera del proceso penal (Sentencia del Tribunal Constitucional 95/1990) y fuera igualmente de la vía de amparo, ya que el Tribunal Constitucional carece de competencia para ello, pues así se deduce, por una parte, del artículo 58 de LOTC y, por otra, de no ser incluible este pronunciamiento entre los enumerados en el artículo 55 de dicha Ley (Sentencia del Tribunal Constitucional 69/1993).

²²⁶ LLORCA ORTEGA, J., op. cit., p. 97.

Es destacable el hecho de que las dilaciones indebidas pueden acaecer en cualquier fase del proceso, incluso tras dictarse la sentencia²²⁷.

Así pues, bien de oficio bien a instancia de parte, el órgano judicial que esté conociendo del proceso deberá pronunciarse sobre la existencia o no de dilaciones indebidas, y, caso de haber recurrido la parte por vía impugnativa, lo hará el órgano judicial superior. La forma de la resolución, auto o sentencia dependerá del momento procesal y de la vía utilizada para el planteamiento de la cuestión, pero, en todo caso, contendrá una relación cronológica de las suspensiones sufridas en la tramitación y demás datos objetivos, antes enumerados, por una parte, y, por otra, lo injustificado de las dilaciones indebidas según los criterios jurisprudenciales expuestos al examinar el concepto de dilación indebida, en función de la naturaleza y complejidad de la causa, de la situación objetiva de los órganos judiciales intervinientes y, en fin, de la conducta mantenida por el acusado. La declaración del Juez o Tribunal, de esta forma redactada, cumplirá con la exigencia legal de tener que realizarse “en resolución fundada” (art. 4.4 CP). Ciertamente, apunta LLORCA ORTEGA²²⁸, “el texto del mencionado precepto, no caracterizado por la claridad, parece propiciar la posibilidad de hacer la declaración tanto en la misma sentencia como en auto, sui bien, por los efectos que la actual doctrina del Tribunal Supremo le asigna a las dilaciones indebidas, convendrá que la defensa introduzca la cuestión en la vista oral y se resuelva en la sentencia”.

Asimismo cualquiera de las partes que entienda que la tramitación del proceso ha sufrido un retardo injustificado, y por ende entienda infringido su derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas, podrá denunciar tal

²²⁷ Desde el punto de vista técnico, no existe obstáculo alguno para apreciar la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones acontecidas tras dictar sentencia, en fase de Ejecutoria (Sentencias del Tribunal Constitucional 14/1999, 198/1999 y 237/2001). Es cierto que la injustificada demora en la ejecución de la pena impuesta podrá deparar perjuicios al condenado, pero también lo es que, en tales casos, éste habrá de demostrar su oposición a la demora, así como la ausencia, por su parte de una actitud pasiva, expectante ante el transcurso del tiempo, como un factor que puede operar a su favor a través de la prescripción (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1995).

²²⁸ LLORCA ORTEGA, J., op. cit., p. 98.

situación ante el órgano judicial (instructor o sentenciador) que esté conociendo o, en su caso, ante el órgano judicial superior por vía de recurso (queja, apelación, casación o amparo). He aquí, pues, la posibilidad de que la declaración de dilaciones indebidas sean formuladas en vía de recurso como prevé el artículo 4.4 del CP. Sobre esta hipótesis, apunta LLORCA ORTEGA²²⁹, lo siguiente:

Son varios los supuestos que determinan el pronunciamiento del órgano jurisdiccional superior, siendo los de mayor interés los siguientes:

1º. Antes de que recaiga sentencia, la parte interesada, cuando su petición de reanudación procesal sea desatendida por el órgano judicial que esté conociendo, podrá acudir al órgano superior con el propósito de que ponga fin a la paralización.

2º. Una vez dictada sentencia, la parte que se considere perjudicada por el fallo, podrá recurrir, alegando motivos ajenos a la existencia de dilaciones indebidas, esto es son hacer alusión a la posible vulneración de su derecho constitucional. Pues bien, pese a ello, el órgano jurisdiccional de alzada podrá –y deberá– pronunciarse sobre este extremo si observa la existencia de dilaciones indebidas en el proceso de instancia, aunque las mismas no hubieren sido denunciadas²³⁰. También habrá de formular la declaración si las dilaciones indebidas acontecieron durante la tramitación del recurso²³¹.

3º. Una vez dictada sentencia, el condenado podrá recurrir alegando incorrecta valoración de las dilaciones indebidas reconocidas y apreciadas en la instancia. Es este el caso que, con mayor frecuencia, motiva el recurso de

²²⁹ LLORCA ORTEGA, J., op. cit., p. 98.

²³⁰ Este criterio jurisprudencial no deja de llamar la atención si se tiene en cuenta que el Alto Tribunal considera, como causa de inadmisión del recurso, el planteamiento “ex novo” de la cuestión por el interesado.

²³¹ Refiérase la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1996, en el que el propio Tribunal hace declaración de dilaciones indebidas a la vista del retraso injustificado en la decisión del recurso de casación interpuesto por el condenado, que alegó infracción de precepto penal sustantivo por aplicación indebida.

apelación o, en su caso, de casación en materia de dilaciones indebidas. Sin embargo, su admisibilidad puede plantear ciertos obstáculos procesales.

En efecto, cuando el condenado recurra en casación la sentencia, alegando como vulnerado su derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas, lo que postulará no será únicamente el reconocimiento de tal vulneración, sino también la estimación del correspondiente efecto, que, en este momento procesal, ya no será la remoción de los obstáculos motivadores de la paralización sino el subsidiario o compensatorio.

Sobre este punto, como ya quedó expuesto, en el momento presente dos efectos reparadores se atribuyen a la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: la propuesta de indulto (art. 4.4 CP) y la apreciación de un atenuante analógica (Pleno de la Sala de Justicia del TS, de fecha 21 de mayo de 1999). Pues bien la sustanciación del recurso de casación por vulneración de este derecho fundamental seguirá distintos derroteros según se postule un efecto u otro.

Cuando la interposición del recurso de casación persiga únicamente la finalidad de una solicitud de propuesta de indulto, se incidirá en causa de inadmisión en el trámite, dada su nula operatividad (arts. 884-1º y 885-1º y 2º de la LECrim.). En efecto, aun admitiendo la indubitada existencia de dilaciones indebidas, no será procedente la interposición del recurso, puesto que la violación de aquel derecho fundamental no implicará la corrección de la sentencia, cuyos pronunciamientos condenatorios habrán de permanecer invariables. En este caso, el alcance de la citada vulneración será, todo lo más, la de servir de fundamento a una solicitud de gracia o una postulación de indemnización; ni esto último le incumbe al Tribunal supremo (Sentencia del Tribunal Constitucional 95/1990), pues ha de sustanciarse fuera del proceso penal, y tampoco la propuesta judicial de indulto, que, en su caso, habría de formular el órgano sentenciador, por cuanto tal iniciativa ha de acompañarse a los perjuicios reales que el retraso haya producido en el finalmente condenado, extremo este cuya valoración resuelta más fácil para la Audiencia Provincial, a la cual, por otra parte, le constará si el condenado se encuentra o no a

disposición del tribunal sentenciador – a los efectos del artículo 2.2 LI - lo que es de imposible constatación para el tribunal Supremo y, en otro caso, la iniciativa particular habrá de dirigirse a la Sala sentenciadora. No es tarea del Tribunal Supremo, pues, tomar la iniciativa para un indulto en relación con una situación (dilación indebida) a la que nada hay que reprochar casacionalmente; dicho de otro modo, la existencia de dilación indebida no constituye un motivo (ni de infracción de ley ni de quebrantamiento de forma) en el que el poder de casar la sentencia, que, pese a la dilación en los trámites, haya sido construida legalmente.

En consecuencia, ante la dilación indebida (no reconocida o reconocida de forma inoperante por el órgano sentenciador), conviene que la defensa del condenado recurra en casación postulando la apreciación de una atenuante analógica. Si la sentencia hubiera apreciado la atenuante analógica con base en las dilaciones indebidas, no procederá conferir a estas efectos reduplicados, interponiendo recurso de casación en postulación de la proposición judicial de indulto²³². El problema, sin embargo, quedará planteado cuando, apreciada la atenuante, su efecto moderador del castigo resulte prácticamente diluido, como consecuencia de las normas generales de individualización de la pena. En tales supuestos, a la Defensa del condenado más que recurrir en casación postulando directamente la propuesta judicial de indulto, le convendría impugnar directamente el fallo de la sentencia, alegando como vulnerado el principio de proporcionalidad de la pena.

En el caso de que la interposición del recurso persiga la solicitud de la atenuante analógica, su admisión a trámite no ha de ofrecer especiales dificultades, siempre que el escrito de interposición reúna las formalidades legales, por lo que convendrá tener en cuenta, y siguiendo a LLORCA ORTEGA²³³, lo que a continuación se expone:

²³² Vide en este sentido, STS de 11 de octubre de 1999.

²³³ LLORCA ORTEGA, J., op. cit., p. 100.

Pese a que, como luego se dirá, el recurso de casación se formalizará por infracción de la ley, convendrá indiciar en el escrito de interposición, la denuncia que, en su momento, se hubiere hecho de las dilaciones indebidas, y, en todo caso, será necesario haber introducido oportunamente en el debate judicial la cuestión pues, de lo contrario, la motivación será tildada de cuestión nueva²³⁴.

En cuanto al fundamentación del recurso, se observa el frecuente uso de la vía del número 2 del artículo 849, bien adecuada, cuyo fracaso es únicamente orillado por la benevolente laxitud con que, en los últimos tiempos, el Alto Tribunal examina y admite a trámite las impugnaciones. Lo procedente será acudir al número 1 del artículo 849, citando directamente como infringido el artículo 24.2 de la CE. Pero, en puridad de técnica, la vía a utilizar, en estos casos de alegación de infracción del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, es la del artículo 5.4 de la LOPJ, citando como infringido el artículo 24.2 de la CE en relación con el artículo 21-6ª del CP, por falta de aplicación.

ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LAS DILACIONES SIN RANGO DE INDEBIDAS:

Sin perjuicio de entender, a mi juicio, que los efectos compensatorios beneficiosos que las dilaciones en el devenir procesal pueden operar a favor del procesado o condenado (propuesta de solicitud de indulto / aplicación de atenuante analógica) no habrían de ser diferentes para el supuesto de que las susodichas dilaciones fueran consideradas indebidas o no tuvieran tal consideración, en cuanto los referidos efectos tratan de compensar la lesión que el procesado ha sufrido en su derecho a una tutela judicial efectiva, así como la de evitar que se apliquen penas que han dejado de estar afectas a los fines que las justifican (reinserción social, rehabilitación, reeducación, entre otros), ya que con esas dilaciones, aun sin el rango de indebidas, se han

²³⁴ En este sentido las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1996 y de 12 de febrero de 2001.

podido menoscabar o frustrar los susodichos fines. En suma la lesión al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del procesado es la misma, con independencia de la causa o razón que la origina.

Cuestión distinta sería la diferencia de efectos en orden a exigir la consiguiente responsabilidad por el funcionamiento normal o anormal de la administración de justicia, que entendemos la acción inoperante para el supuesto de no ser considerada las dilaciones como indebidas.

Pero la solución jurídica que se le da a esta cuestión es diferente, así, veamos la consideración y efectos que merecen las dilaciones que no alcanzan el rango de indebidas, es decir, aquellas que son producto de factores coyunturales de la administración de justicia o de las especialidades del proceso o el supuesto de hecho concreto, y no de causas que no cuentan con justificación dentro de los márgenes de lo razonable. En este sentido entiende LLORCA ORTEGA²³⁵, que puede ocurrir que, pese a existir demora en la tramitación, ésta no constituya infracción del derecho fundamental recogido en el artículo 24.2 de la CE, por no merecer el calificativo de “indebida”. En estos casos, se plantea el autor, ¿qué efecto producirá -si es que ha de producir alguno- la simple dilación? Cuando, pese al transcurso de un dilatado período de tiempo en la tramitación, legalmente no merezca la calificación de indebida (v.g., por la complejidad de la causa, elevado número de delitos investigados y de personas acusadas, etc.), ello, sin embargo, no será obstáculo para que el tiempo de dilación haya podido influir en la conducta de los condenados. En estos casos, puede afirmarse que el transcurso del tiempo actúa como factor suavizador de la alarma social. Además, si el sujeto ha permanecido en libertad y, durante la prolongada tramitación, ha “rehecho su vida”, también podrá hablarse de una resocialización “extrapenitenciaria” que se habrá producido durante la vida en libertad y antes de pronunciarse sentencia. También se ha dicho que, en estos casos, la dilación puede afectar a la función rehabilitadora y resocializadora de la pena privativa de libertad, y que el tribunal que juzga más allá de un plazo normal, está juzgando a un hombre distinto en su circunstancia

²³⁵ LLORCA ORTEGA, J., op. cit., pág. 101.

personal, familiar y social, de suerte que la pena, fuera de la finalidad retributiva, no cumple o no puede cumplir las funciones de prevención general y de reinserción social (Sentencia de 26 de enero de 1993).

En estos casos la reparación a la dilatada tramitación pasaría por una medida de gracia. Pero no de iniciativa judicial, sino reservando al condenado la solicitud en los términos prevenidos en la Ley de Indulto de 1870, a fin de que el tribunal pueda tener ocasión de conocer, para fundamentar su propuesta-informe, la realidad personal y familiar del sujeto, su actual ocupación o dedicación laboral o profesional, su posible contumacia en el delito, y cuantos datos o circunstancias referentes a su nivel de rehabilitación social puedan aconsejar la mitigación o perdón de la pena (Sentencias de 31 de enero de 1992; 26 de enero de 1993; 26 de marzo de 1996; en ésta es el propio Tribunal supremo el proponente).

En las situaciones de hecho aquí contempladas y para el caso de haber sido impuesta pena privativa de libertad, en ejecución, se estima, sin embargo, que, desde el punto de vista técnico, sería más procedente (aunque no existe incompatibilidad entre ambas pretensiones) la solicitud de concesión de un tercer grado penitenciario, pues, entre otras cosas, el interno podrá conseguir por justicia lo que, quizás, no se le conceda por gracia.

Por último, y como consecuencia de que no todo desbordamiento de plazos constituye dilación indebida, según se ha dicho, puede suceder, sin embargo, que el incumplimiento de los plazos legales afecte a otro principio y derechos procesales, cuya vulneración será la que convendrá que alegue la parte afectada, en lugar de las dilaciones indebidas.

II. LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA COMO POSIBLE CAUSA DE INDULTO:

En el marco de los criterios que en la praxis presiden la motivación para la concesión del indulto, destaca la desproporción de las penas a imponer en un supuesto concreto de responsabilidad criminal.

Así viene a prever el apartado 3 del artículo 4 del Código Penal, para el supuesto de que el Juez o Tribunal entienda que la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo, la posibilidad de instar al Gobierno una petición de indulto.

Pero antes de entrar en el examen de la vulneración del principio de proporcionalidad de las penas como posible causa de concesión de indulto, se hace preciso avanzar ciertas notas definitorias y formas en que es susceptible manifestarse dicho principio.

El principio de proporcionalidad que encuentra su fundamento en el Estado de Derecho²³⁶, atraviesa transversalmente todo el ordenamiento jurídico y sirve, como ha señalado KLUTH, “para controlar la idoneidad de los instrumentos y medios de actuación empleados por el Estado, en tanto establece el deber de los poderes públicos de utilizar aquellos medios e instrumentos que menos limiten la libertad de los ciudadanos”²³⁷. A este principio están sometidas las actuaciones de los poderes públicos, como ha venido reconociendo nuestro Tribunal Constitucional siguiendo la estela del Tribunal constitucional alemán.

²³⁶ Y su origen en el Derecho alemán. Sobre el particular puede consultarse especialmente la bibliografía contenida en KLUTH, W., Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en el Derecho alemán, Cuadernos de Derecho Público, núm. 5, 1998, pp. 219 y ss.

²³⁷ KLUTH, W., op. cit., p. 226.

El principio de proporcionalidad, utilizando la expresión de BARNES, “está integrado por un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir o sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como de cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio, desde un concreto perfil o punto de mira: el de la inutilidad, innecesariedad y desequilibrio del sacrificio”²³⁸. En este sentido entiende el autor el principio de proporcionalidad como un principio de marcado carácter relacional en el sentido de que compara dos magnitudes: los medios a la luz del fin. Principio de carácter relativo “del que no se desprenden prohibiciones abstractas o absolutas, sino sólo por referencia al caso según la relación de medio a fin que, eventualmente, guarde el límite o gravamen de la libertad con los bienes, valores o derechos que pretenda satisfacer”²³⁹.

Dado que el principio de proporcionalidad cobra en el ámbito del Derecho Penal en un Estado Democrático un trascendental significado “en cuanto sector del ordenamiento que, por definición, se compone de normas más restrictivas de libertad y cuya restricción más usual, la pena por excelencia, tiene por contenido la manifestación más física y primaria de la libertad, que es la libertad personal o ambulatoria”²⁴⁰, resulta sin duda alguna necesario observar desde la jurisprudencia constitucional qué tipo de proyección ha adquirido tal principio.

El principio de proporcionalidad opera, por una parte, como garante de la proporcionalidad que ha de existir entre determinadas conductas antisociales y la sanción que el legislador le ha asignado en la norma penal, y, por otra parte, como garante de la proporcionalidad que ha de existir entre la pena que resulta aplicable al caso concreto, tras su individualización, y la conducta penada,

²³⁸ BARNES, J., El principio de proporcionalidad. Estudio Preliminar, Cuadernos de Derecho Público, núm. 5, 1998, p. 16.

²³⁹ BARNES, J., Idem, p. 17.

²⁴⁰ LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., La proporcionalidad de la norma penal, Cuadernos de Derecho Público, núm. 5, 1998, p. 160; asimismo, AGUADO CORREA, T., El principio de proporcionalidad en Derecho Penal, Madrid, Edersa, 1.999. Desde una perspectiva procesal, entre otros, . GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, Madrid, Colex, 1990.

atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo.

La primera de las manifestaciones del principio de proporcionalidad, si bien escapa al objeto de nuestro estudio, entendemos, por su especial significación, necesidad de delimitación y estrecha conexión con la segunda de sus manifestaciones, la oportunidad de exponer a grandes rasgos su configuración y tratamiento; así en relación a la proporción de la pena en abstracto, en concreto, cuando se somete a juicio desproporcionalidad la ley que contiene la pena en abstracto, es conveniente, y siguiendo a GARCÍA MAHAMUT²⁴¹, precisar lo siguiente:

a) La posición constitucional del legislador “obliga a que la aplicación del principio de proporcionalidad para controlar constitucionalmente sus decisiones deba tener lugar de forma y con intensidad cualitativamente distintas a las aplicadas a los órganos encargados de interpretar y aplicar las leyes”. Ahondando en estas consideraciones, el Tribunal Constitucional entiende que, en relación con la proporcionalidad de una determinada pena, él no puede tomar como referencia una pena exacta, que aparezca como la única concreción posible de la proporción constitucionalmente exigida, pues la Norma Suprema no contiene criterios de los que pueda inferirse esa medida; pero tampoco puede renunciar a todo control material sobre la pena, ya que el ámbito de la legislación penal no es un ámbito constitucionalmente exento. El procedimiento para poder llevar a cabo ese control será analizar la idoneidad de la medida y analizar la necesidad de la misma (STC 55/1996, FFJJ 7º y 8º).

b) Ahora bien, dicho esto, cuando se ha cuestionado al legislador la proporcionalidad de las penas previstas por él en relación con el bien jurídico protegido y con la entidad de la lesión a dicho bien, por entenderse que el sacrificio o gravamen impuesto al derecho no guarda un razonable equilibrio o proporción con los bienes que se pretenden salvaguardar, el TC ha subrayado en varias ocasiones que es al legislador a quien corresponde la potestad

²⁴¹ GARCÍA MAHAMUT, R., op. cit., pp. 219 y ss.

exclusiva de configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con que intenta conseguirlo²⁴². “El legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática.

No sólo cabe afirmar, pues, que, como no puede ser de otro modo en un Estado social y democrático de Derecho corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal, sino también que, con la excepción que imponen las citadas pautas elementales que emanan del texto constitucional, dispone para ello con plena libertad” (STC 55/1996, FJ 6º).

c) Precisamente porque constituye una potestad exclusiva del legislador configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo, la relación de proporción que debe guardar un comportamiento penalmente típico con las sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad, por parte del legislador, que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución, y de ahí que el juicio de proporcionalidad respecto al tratamiento legislativo se limite a verificar que la norma penal no produzca “un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho”²⁴³. Dicho de otro modo, en ningún caso la relación de proporcionalidad (comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena -proporcionalidad en sentido estricto-) puede sobrepasar el punto de lesionar el valor fundamental de la justicia propio de un Estado de Derecho y de una actividad pública no arbitraria y respetuosa con la dignidad de la persona.

²⁴² Vid., por todas, la STC 136/1999, FJ 22º.

²⁴³ STC 136/1999, FJ 23º.

d) Para determinar si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio innecesario o desproporcionado, el Tribunal Constitucional se impone el deber de indagar, cumpliendo con el test de proporcionalidad, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma es lo suficientemente relevante, puesto que la vulneración de la proporcionalidad podría declararse ya en un primer momento del análisis “si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también socialmente irrelevantes”²⁴⁴. En segundo lugar, se deberán indagar si la medida era idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto en cuestión. Y, finalmente, si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena.

e) Debe puntualizarse que son escasísimos los casos en los que el Tribunal Constitucional ha enjuiciado una norma penal desde la perspectiva del principio de proporcionalidad²⁴⁵.

Mayoritariamente, salvo en la tan polémica Sentencia 136/1999, sobre el conocido caso de la Mesa Nacional de HB, el Tribunal Constitucional ha sido profundamente respetuoso con el legislador, de forma que, si bien había admitido la posibilidad de control de constitucionalidad del legislador por vulneración del principio de proporcionalidad penal, no había declarado la inconstitucionalidad de la norma que contenía la pena²⁴⁶, salvo en el caso de la Mesa de HB, en la que a través de un recurso de amparo, declara que “se ha

²⁴⁴ STC 111/1993, FJ 9º.

²⁴⁵ Siguiendo la opinión de BILBAO UBILLOS, en rigor, sólo pueden citarse cuatro precedentes anteriores a la STC 136/1999: las SSTC 160/1987, 19/1988, 55/1996 y 161/1997 -a la que podríamos añadir la 243/1997-, en La Excarcelación tenía un precio. El Tribunal enmienda la plana al legislador (comentario de la STC 136/1999 en el caso de la Mesa Nacional de HB), Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 58, 2000, p. 328.

²⁴⁶ Lo que le ha valido la opinión en contra de algún sector doctrinal cuando se ha tratado de aplicar a los casos concretos que dieron lugar a las SSTC 55/1996, 161/1997 y 243/1997, por entender que el TC firmaba un cheque en blanco al legislador en materia de sanción penal (vid., por todos, HUERTAS TOCILDO, S., Principio de legalidad y normas sancionadoras, en Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. El principio de legalidad, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 63.

producido una vulneración del principio de legalidad penal en cuanto comprensivo de la proscripción constitucional de penas desproporcionadas, como directa consecuencia de la aplicación del artículo 174 bis.a) CP de 1973.

El precepto resulta, en efecto, inconstitucional únicamente en la medida en que no incorpora previsión alguna que hubiera permitido atemperar la sanción penal a la entidad de actos de colaboración con banda armada que, si bien pueden en ocasiones ser de escasa trascendencia en atención al bien jurídico protegido, no por ello deben quedar impunes²⁴⁷.

Debe subrayarse la especial trascendencia de esta muy polémica sentencia, por cuanto admite que la vulneración por parte del legislador penal del principio de proporcionalidad en sentido estricto (desproporción entre delito y pena) constituye una vulneración constitucional del principio de legalidad penal además de admitir en amparo el ejercicio de control de constitucionalidad a través de la alegación de que la falta de proporción entre delito y pena de una norma supone vulnerar el artículo 25.1 CE²⁴⁸.

En este sentido tras la Sentencia con fundamento en el recurso de amparo planteado en relación al asunto de la Mesa Nacional de HB, el principio de proporcionalidad de las penas en sentido estricto toma una nueva dimensión en cuanto a la posibilidad del control de constitucionalidad de la norma penal, y, consecuentemente, del quehacer del Poder Legislativo en materia de política criminal. Fundamentalmente por las razones ya expuestas: 1ª. El principio de proporcionalidad de las penas se incluye, o vincula, al contenido esencial del derecho fundamental al principio de legalidad penal²⁴⁹, por lo que una norma

²⁴⁷ STC 136/1999, FJ 30º.

²⁴⁸ Lo que, por otro lado, ha sido defendido por un sector importante de la doctrina penalista por entender que el principio de proporcionalidad integra el contenido esencial del artículo 25.1 CE (vid., entre otros, CUERDA ARNAU, M.L., Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho Penal, Homenaje al Prof. Dr. Casabó Ruíz, Valencia, Universidad de Valencia, 1997, p. 459).

²⁴⁹ Y es que, resumiéndolo en palabras de HUERTAS TOCILDO, "las restricciones que al ejercicio de la libertad individual imponen los distintos tipos penales y sancionadores no pueden considerarse compatibles con la función de garantía de la misma que se atribuye al principio de legalidad, como límite externo al ejercicio del ius puniendi estatal, si no son adecuadas y

penal puede ser declarada inconstitucional, al no pasar el test de proporcionalidad de las penas, por vulnerar el artículo 25.1 CE²⁵⁰; y, 2ª. La vulneración del principio de proporcionalidad de las penas, en sentido estricto, se puede invocar en amparo ex art. 25.1 CE.

En cuanto a la segunda de las manifestaciones del principio de proporcionalidad aducida, concretamente la garantizada proporcionalidad exigible entre la pena que resulta aplicable al caso concreto, tras su individualización, y la conducta penada, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo, incide directamente en nuestro objeto de estudio en cuanto su vulneración puede constituir, si no causa de concesión de indulto, al menos causa de la llamada solicitud judicial de indulto ex art. 4.3 del Código Penal.

Por su parte, si ha quedado bien evidenciado que el Legislador está sometido al principio de proporcionalidad, más aún está constatado el sometimiento de la Administración y los Jueces a tal principio cuando aplican e interpretan el derecho; otra cuestión es determinar el posible control que sobre dicha actuación puede efectuarse.

En relación a la vinculación de los Jueces y Magistrados en su función jurisdiccional al principio de proporcionalidad, hay que puntualizar que tal vinculación se concreta, especialmente, en el marco de las facultades discrecionales que la ley le concede para individualizar las penas. La individualización de las penas no constituye el exclusivo ámbito de vinculación del Juez al principio de proporcionalidad: pensemos por ejemplo, que la actuación judicial debe cumplir tal adecuación en aquellas intervenciones judiciales que afectan directamente a derechos fundamentales tales como

necesarias para la protección de intereses cuya preservación se hace indispensable o si, siéndolo, sobrepasan claramente el grado de restricción necesario para que dicha protección se haga efectiva” (HUERTAS TOCILDO, S., op. cit., p. 60).

²⁵⁰ Recodemos como el Tribunal Constitucional en un primer momento (STC 65/1986, FJ 3º) declaraba abiertamente que no cabía deducir del artículo 25.1 CE un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena con la gravedad del delito.

acordar medidas relativas a la entrada en domicilio, interceptación de comunicaciones, declaración de prisión preventiva, etc²⁵¹.

Sin embargo, como también ha puesto de manifiesto un sector doctrinal, si bien resulta generalmente admitido el control de proporcionalidad de las medidas restrictivas de derechos fundamentales adoptadas por los órganos judiciales en el ámbito del proceso penal²⁵², la cuestión puede no resultar tan pacífica “cuando de lo que se trata es de enjuiciar, desde el punto de vista de la proporcionalidad, el uso que el juzgador ha hecho de las facultades que la ley le concede en el ámbito de la determinación de la pena”²⁵³.

En este sentido²⁵⁴, y reproduciendo las palabras de LASCURAÍN, el principio de proporcionalidad se concreta en la actuación judicial en que “de entre las posibilidades que la ley el presenta debe desechar, en el ámbito de la interpretación de los contornos de tipo penal, la punición de aquellas conductas cuyo escaso desvalor convierte en desproporcionada la sanción prevista. Los criterios de proporcionalidad le servirán también para interpretar las cláusulas abstractas de justificación o de disminución del injusto o de la culpabilidad. Asimismo, de las posibilidades de elección de sanción, mayores o menores, que habitualmente va a ofrecer la norma, debe elegir, en primer lugar, la mínima eficaz para los fines de protección que la norma persigue (...), y dicha sanción se revela como estricta o internamente desproporcionada en comparación con la entidad del comportamiento perseguido (...), y si la norma no le permite la falta de subsunción, o la justificación de la exculpación del comportamiento, deberá sancionar mínimamente y exponer al Gobierno lo que

²⁵¹ En este sentido, GARCÍA MAHAMUT, R., op. cit., p. 224.

²⁵² Debiendo ser éstas razonables y proporcionadas.

²⁵³ CUERDA ARNAU, M.L., op. cit., p. 460.

²⁵⁴ Es decir, partiendo del presupuesto de que la interpretación del contenido y alcance de los tipos penales corresponde a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria y, muy señaladamente, al Tribunal Supremo.

estime conveniente acerca de “la derogación o modificación del precepto o la concesión del indulto” (art. 4.3 CP)²⁵⁵.

No cabe duda alguna, así ha dejado constancia nuestro Tribunal Constitucional, de que la aplicación judicial del principio de proporcionalidad es susceptible de ser recurrida tanto en vía ordinaria, a través de los recursos de apelación y casación, como del recurso de amparo constitucional²⁵⁶. Y es que “la proporcionalidad exige que la intromisión y restricción de bienes y derechos originados por la pena, por las medidas cautelares o por la investigación procesal del delito estén justificadas y guarden cierta correspondencia y paralelismo con la gravedad de los bienes jurídicos lesionados o amenazados por la acción delictiva”²⁵⁷.

La discrecionalidad de la que goza el juez o magistrado a la hora de ponderar e individualizar la pena al caso concreto se ve constreñida, dentro del margen que la legalidad le ofrece, por el principio de proporcionalidad penal. El resultado final no puede ser otro que la decisión motivada de la determinación de la pena. Dicho con otras palabras, “el margen que la ley deja a la decisión personal no puede tener su respaldo lógico en criterios opuestos a determinados principios cuya trasgresión alejaría ese arbitrio de las pautas de racionalidad, medida y proporcionalidad que deben presidirlo”²⁵⁸.

²⁵⁵ LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., op. cit., p. 183.

²⁵⁶ En este sentido podemos recordar algunas Sentencias del Tribunal Constitucional, como la 55/1996 o la 19/1988, en cuyo FJ 8º el TC viene a reconocer que “si en algún caso de desproporcionada aplicación la desproporcionalidad se produjera, están abiertas las vías de corrección y ratificación a través de los recursos ordinarios (...) y, finalmente, a través del recurso de amparo constitucional”. Por otro lado no cabe perder de vista aquellas ocasiones en las que el TS considera desproporcionada una pena al decidir el órgano judicial inferior la pena de grado medio sin motivar la decisión por tal elección. Aplicando en este supuesto el grado mínimo, el TS ha corregido la valoración efectuada por el órgano a quo reduciendo la pena para adaptarla a la entidad de la conducta enjuiciada (vid., por ejemplo, STS de 30 de mayo de 1998).

²⁵⁷ STS de 23 de octubre de 1.988.

²⁵⁸ CUERDA ARNAU, M.L., op. cit., p. 460.

Son cuantitativamente importantes en nuestra jurisprudencia los supuestos en los que el Juez o Tribunal ha instado la petición de indulto por vía del apartado 3 del artículo 4 del Código Penal, al considerar la pena legalmente impuesta como excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo, así véanse, las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1.992 (en este caso la Sala, que declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el procesado contra la Sentencia que le condenaba como autor de un delito de malversación de caudales públicos, advierte que “si en lugar de tratarse de caudales públicos se tratase de bienes de otro carácter, vistos los años de operatividad ilícita del recurrente serían cantidades inferiores a las 30.000 ptas. mensuales, lo que hubiera supuesto un conjunto de faltas, e incluso estimadas como infracción continuada de estafa, se sancionarían con pena notoriamente inferior y así se destaca el enorme rigor de la sentencia de instancia, que es correcta legalmente, pero que muestra un rigor exagerado y que debe ser corregido por la vía del art. 2º (hoy art. 4º) del Código Penal acudiendo al Gobierno en propuesta de indulto”), de 21 de julio de 1.992 (la Sala acuerda proponer un indulto parcial al Gobierno al entender que la pena impuesta, que es la mínima legalmente permitida, resulta excesiva, habida cuenta la ínfima cantidad de droga y la carencia de ánimo de lucro en la autora del hecho), de 26 de enero de 1.993, de 30 de mayo de 1.998 (en este caso se invoca por la parte recurrente, entre otros, vulneración de los artículos 344 y 344 bis a) 1º del anterior Código Penal puestos en relación con el artículo 61.4ª del mismo texto legal, pues la sentencia de instancia, al no concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, debió acogerse al grado mínimo contenido en el marco penal, y no al grado medio que impuso sin motivar en modo alguno la postura adoptada, por lo que la pena resulta desproporcionada; por su parte, la Sala acoge el motivo, entendiendo excesiva la pena, en atención a la naturaleza del hecho y a la personalidad del acusado, proponiendo en consecuencia un indulto parcial de la pena), de 26 de junio de 2.000 (la Sala desestima el recurso de casación interpuesto, pero a la vez entiende que de la rigurosa aplicación de la ley y dada la ineludible aplicación de lo dispuesto en el art. 369.9º del Código Penal...., resulta en el supuesto actual una pena notablemente excesiva y desproporcionada, atendiendo el mal

causado por la infracción –la venta muy reducida de estupefacientes- y las circunstancias personales del condenado, razón por la cual el Tribunal estima procedente, conforme a lo prevenido en el art. 4.3 del Código Penal, al proposición de un indulto de la mitad de la pena impuesta por el Tribunal sentenciador), de 5 de diciembre de 2.000 (Sentencia dictada en el seno de un Recurso de Casación en el que el recurrente, entre otros, denuncia la vulneración del derecho a la legalidad penal recogido en el art. 25.1 C.E. y del principio de proporcionalidad de las penas; por su parte, la Sala aduce que no “cabe apreciar en el trámite casacional la posible vulneración del principio de proporcionalidad de la pena por cuanto corresponde al legislador velar por esta exigencia inherente al valor justicia y no es propio de los órganos jurisdiccionales integrantes del Poder Judicial pronunciarse sobre tal cuestión más allá de los términos previstos en el art. 4.3 del Código Penal.”, por lo que desestima el recurso, al tiempo que insta una petición de indulto parcial al Gobierno), de 4 de enero de 2.001 (el Tribunal Supremo desestima el recurso habida cuenta de que la refundición de penas acordada en el auto recurrido es correcta, no obstante entiende que la pena total pendiente de cumplimiento por el penado resulta desproporcionadamente gravosa, al ascender a cuarenta y nueve años, ocho meses y veintisiete días, ponderada la edad de Tomás..., y considerando que los delitos cometidos no revisten excesiva gravedad, por lo que estima ajustado a la equidad un indulto de la parte de pena que exceda de los treinta años, lo que solicitará del Ministerio de Justicia, al amparo del art. 902 de la LECrim., y 20 de la Ley de 18 de junio de 1.870), de 9 de abril de 2.001, de 15 de febrero de 2.002, de 21 de enero de 2.005 y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 8 de junio de 2.004, entre otras muchas.

Es de destacar al respecto, por su especial singularidad, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2.001, dimanante de un recurso de casación interpuesto contra un auto denegatorio de refundición de condenas, y por la cual la Sala, a pesar de estimar parcialmente el recurso interpuesto y declarar haber lugar a la acumulación de las condenas solicitadas, entiende que la pena total resultante, aun así, sería excesiva, pena, que de tal extensión, apunta “no cumple ya ninguna función preventiva general ni preventiva especial, ni tiene virtualidad para producir efectos reeducadores o

resocializadores. Por ello es necesario, como apunta el Ministerio Fiscal, buscar fórmulas que permitan dar una respuesta adecuada a las circunstancias personales y penitenciarias que concurren en el recurrente...”, por lo que suscribe que “teniendo en cuenta la positiva evolución del recurrente y la modificación de su conducta, creemos que la solución más adecuada y justa, pasa por agotar todas las posibilidades del sistema Penitenciario y más concretamente de la previsión contemplada en el art. 206 del Reglamento Penitenciario, que permite a la Junta de Tratamiento, previa propuesta del equipo técnico, solicitar del Juez de Vigilancia Penitenciaria la tramitación de un indulto en cuantía tal que permita dar por cumplida la pena, si se observa que concurren las condiciones precisas para alcanzar tal efecto”.

Asimismo es reseñable por su especialidad la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2.000, por la que, aun desestimando el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que le condenaba al recurrente como autor penalmente responsable de un delito de lesiones, suscribe que “no obstante, y a la vista de las circunstancias del caso, naturaleza episódica del suceso y carencia de antecedentes penales del acusado, si bien la consecuencia punitiva de la acción delictiva se mantiene, no parece inviable que aquel -contando con el apoyo del Ministerio Público que refiere la fórmula del Indulto Parcial- solicite dicha medida de gracia del Gobierno de la Nación”. Se trata de una fórmula intermedia por la que la Sala sin determinar expresamente el exceso de pena legalmente impuesta, refiere a el indirectamente, y en lugar de instar judicialmente la petición de indulto, sugiere al acusado que lo haga a su instancia.

En todo caso, se hace necesario advertir, como ha quedado unívocamente consagrado por la doctrina jurisprudencial²⁵⁹, que la facultad atribuida a los Jueces y Tribunales de acudir al Gobierno instando una petición de indulto, reconocida en el apartado 3 del artículo 4 del Código Penal,

²⁵⁹ A este respecto véase, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2.002, la cual viene a disponer que “no es revisable en casación la decisión discrecional del Tribunal de instancia relativa a la pertinencia de proponer un indulto”.

constituye, en todo caso, una facultad discrecional del órgano jurisdiccional, cuya decisión no es susceptible de ser revisada o recurrida.

III. EL CAMBIO DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL COMO POSIBLE MOTIVO DE INDULTO:

Al producirse un cambio en la doctrina jurisprudencial en materia penal, cuando ésta resulta más beneficiosa para el reo, se plantea si puede incidir y en que manera sobre las sentencias que habiendo devenido firme hubieron sido dictadas con anterioridad al referido cambio jurisprudencial.

Véase como ejemplo de lo anterior el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2.001, a partir del cual la agravante específica de cantidad de notoria importancia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas del artículo 369.3º del Código Penal, sólo sería apreciada a partir de las quinientas dosis referidas al consumo diario que aparece actualizado en el Instituto Nacional de Toxicología de 18 de octubre de 2.001, lo que suscita la cuestión relativa a determinar si es susceptible de extenderse algún beneficio a los penados que con anterioridad a la suscripción del referido Acuerdo les fue aplicada la citada agravante específica de cantidad de notoria importancia por cantidades inferiores a las referenciadas. La solución que respecto a este ejemplo habría de seguirse, vendría suscrita en el propio Acuerdo en el cual se significa que “no procederá la revisión de las sentencias firmes, sin perjuicio de que se informen favorablemente las solicitudes de indulto para que las condenas se correspondan a lo que resulta del presente acuerdo”.

Veamos a continuación los diferentes tratamientos que se le han conferido al cambio de doctrina jurisprudencial, cuando ésta resulta más beneficiosa para el condenado, respecto a la pena impuesta con anterioridad al cambio y en virtud de la anterior doctrina.

En un primer momento tanto el Tribunal Constitucional²⁶⁰ como el Tribunal Supremo²⁶¹ se mostraron partidarios de conceder a los cambios de doctrina jurisprudencial virtualidad rectificativa respecto de sentencias anteriores contrarias a los nuevos criterios, siguiéndose para ello en la práctica dos vías: bien el recurso extraordinario de revisión ante el Ministerio de Justicia, bien la solicitud de aplicación retroactiva de la doctrina jurisprudencial más beneficiosa ante el propio órgano sentenciador.

Por el contrario, en la actualidad el Tribunal Supremo²⁶² ha descartado tal posibilidad declarando improcedente la posible rectificación de las sentencias ya firmes y considerando del todo inviables los procedimientos seguidos hasta entonces para ello; así, por una parte, no cabe la revisión, en cuanto el cambio de doctrina jurisprudencial no es susceptible de entenderse como “hecho nuevo” subsumible en el apartado 4º del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que enumera los supuestos del recurso extraordinario de revisión, pues este precepto se refiere a la averiguación de nuevos datos fácticos, demostrativos de la inocencia del penado, en tanto que la modificación de la jurisprudencia no conviene a los extremos fácticos, sino a la esfera normativa aplicable a los mismos; y, por otra, la nueva doctrina no es

²⁶⁰ La STC 150/1997, de 29 de septiembre, vino a disponer que en nuestro ordenamiento existen otros cauces que permiten la revisión de las condenas penales establecidas mediante sentencias firmes y se puede considerar como “hecho nuevo”, a los efectos del artículo 954.4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la declaración hecha en una sentencia de que una determinada interpretación de un precepto sancionador en la medida en que supone incluir una acción u omisión que constitucionalmente no puede quedar comprendida en el tipo legal con arreglo a una nueva concepción jurisprudencial de la norma afectada.

²⁶¹ En este sentido las STS de 3 de febrero y 6 de mayo de 1.998 y de 13 de febrero de 1.999, mantienen que los cambios jurisprudenciales se deben entender comprendidos en los hechos nuevos que evidencien la inocencia del condenado, previsto en el art. 954.4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, toda vez que las personas condenadas con arreglo a criterios jurisprudenciales que han sido reemplazados por otros “fueron condenados por una acción que en el momento de producirse no constituía delito alguno según la legislación vigente en aquel momento...”; asimismo se apunta que “es evidente que el cambio jurisprudencial es un hecho y que éste puede determinar la inocencia del condenado sobre la base del criterio anterior, dado que el hecho que fundamentó la condena ya no se considera alcanzado por el texto de la ley”.

²⁶² En este sentido véanse las STS de 23 de mayo y 30 de junio de 2.000, en las cuales se significa, por remisión al Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1.999, que “el cambio de interpretación jurisprudencial no puede considerarse hecho nuevo a los efectos de sustentar el recurso extraordinario de revisión al amparo del art. 954.4º de la LECrim.”.

susceptible de ser aplicada retroactivamente, por cuanto la modificación de doctrina jurisprudencial no puede equipararse a una modificación legislativa de normas penales, de modo que aquella no puede aplicarse retroactivamente a sentencias condenatorias ya firmes ex artículo 2 del Código Penal, dado que la jurisprudencia no es equiparable a la Ley, en virtud de lo prevenido en los apartados 1 y 6 del artículo 1 del Código Civil.

Visto lo anterior, y descartada en consecuencia la posibilidad de modificar las sentencias firmes en virtud del cambio de doctrina jurisprudencial, ex recurso de revisión o ex art. 2 del Código Penal, quedará abierta como única posibilidad de extender al penado los beneficios derivados del referido cambio jurisprudencial, la solicitud de indulto parcial que tenga por objeto la condonación de la pena que de haber sido dictada la sentencia una vez acontecido el cambio jurisprudencial no se hubiere impuesto; solicitud que, de concurrir los presupuestos expuestos, contará con el informe favorable del órgano sentenciador; solución, ésta, que ha sido expresamente avalada por el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 30 de junio y 23 de mayo de 2000.

IV. LA PENA NATURAL COMO POSIBLE CAUSA DE INDULTO:

Cada vez con mayor impregnación ahonda en el ámbito del Derecho Penal Español, la teoría de la pena natural²⁶³, por la cual se entiende que como consecuencia del delito pueden haber resultado perjuicios graves para el reo de forma tal que no tenga sentido aplicar una sanción más allá de aquel padecimiento al haber perdido la pena todas las funciones -compensación del injusto y la culpabilidad, prevención general y prevención especial- que la

²⁶³ Teoría extensamente abordada por CHOCLÁN MONTALVO, J. A., en La pena natural, La Ley, nº 4797, mayo de 1.999; La pena natural y sus efectos sobre la culpabilidad del autor, Actualidad Penal, año 2002, pp. 1.221 y ss.; Individualización judicial de la pena, Ed. Colex, Madrid, 1.997, pp. 191 y ss.

hacían necesaria²⁶⁴. En este caso el autor del delito está ya “suficientemente castigado”, al margen de la pena por causas naturales y no como consecuencia de la actividad judicial (“en el pecado se lleva la penitencia”²⁶⁵), de forma que la pena no resulta necesaria o resulta necesaria sólo en menor medida. La *poena naturalis* es precisamente lo contrario a la ganancia obtenida por el delito²⁶⁶.

En el Derecho comparado, las consecuencias del delito que afectan gravemente al reo son estimadas en algunos países como Alemania mediante la llamada *renuncia a la pena*, y, en otros, a través del principio de *oportunidad procesal*, esto es considerando inoportuno el ejercicio de acciones penales cuando la pena resulte innecesaria por virtud de las graves consecuencias derivadas para el autor del hecho.

En el caso concreto de Alemania, el StGB alemán prescribe la renuncia a la pena en el §60 “si las consecuencias del delito que han afectado al reo son tan graves que la imposición de la pena resultaría notoriamente errónea”, aunque excluyendo la renuncia “cuando el reo mereció por su delito una pena privativa de libertad superior al año”. Este precepto se aplicó por la jurisprudencia alemana en los siguientes casos, que a título de ejemplo reseña CHOCLÁN MONTALVO²⁶⁷: a favor de una madre que mató a su hijo pequeño en el curso de una grave depresión reactiva; al conductor culpable de una colisión muriendo la propia esposa y la esposa del otro conductor, o en caso en el que el conductor sufrió él mismo lesiones graves irreversibles y fallecimiento de la mujer que le acompañaba.

²⁶⁴ JESCHECK, H. H., Tratado de Derecho Penal, trad. Manzanares Samaniego, 1.993, p. 779.

²⁶⁵ KANT, I., op. cit.

²⁶⁶ JAKOBS, G., Derecho penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, traducción de la 2ª ed. alemana (1991, por Cuello Contreras, J. y Serrano González de Murillo, J.L., Madrid, 1.995, p. 18.

²⁶⁷ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., en Individualización judicial de la pena, op. cit., p. 191.

Por el contrario, en nuestro país, la solución resulta del todo controvertida. El Tribunal Constitucional en su Sentencia 150/1991 significa que “la CE consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del derecho penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal de autor, que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos (sentencias del Tribunal Constitucional 65/1986, 14/1988 y otras), en segundo lugar que el juicio sobre la proporcionalidad, tanto en lo que se refiere a la previsión general en relación con los hechos punibles, como a su determinación en concreto en atención a los criterios y reglas que se estiman pertinentes, es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal, siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona y el principio de culpabilidad derivada de ella. De estas premisas cabe deducir que también los Tribunales están limitados en la interpretación de las leyes por los principios del derecho penal de culpabilidad y por las exigencias de la proporcionalidad con el principio de culpabilidad (además de la justicia y el Estado de Derecho) dado que lo que se impone en la Constitución al legislador, debe regir también en relación a la aplicación de las leyes”. Posición que es igualmente mantenida por el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 24 de junio, de 5 de julio y 28 de octubre de 1.991.

Si bien, sentada la configuración constitucional del principio de culpabilidad como principio estructural básico del derecho penal, el disenso deviene a la hora de delimitar los márgenes del concepto de culpabilidad, la oportunidad o inoportunidad de la inclusión de la *poena naturalis*, y, en su caso, el cauce de invocación y efectos. En este sentido, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 30 de abril de 2.002, tras haber sido configurada la pena natural (padecimientos físicos del reo derivados de su propia acción ilícita) como una atenuante analógica por el Tribunal *a quo*, declara la improcedencia de tal estimación, al entender que ese daño, sufrimiento o castigo natural no guarda semejanza alguna con ninguna de las atenuantes nominadas, ni que tales sufrimientos disminuyan en modo alguno su culpabilidad; posteriormente en su

Sentencia de 19 de julio de 2.002, en un supuesto similar al anterior, el Tribunal Supremo suscribe que “otra cosa distinta es el que ese padecimiento que el recurrente sufrió, como consecuencia de la puesta en peligro de su salud para la comisión del delito, deba contemplarse con efectos similares a los atenuatorios, en la propia individualización de la pena que le corresponda, dada la trascendencia de dicha circunstancia, como se hará, valorándolo debidamente, en la sentencia que posteriormente se dicte”. La Sentencia de 9 de octubre de 2.002, por su parte, en un supuesto igualmente similar a los anteriores, advierte que “la circunstancia de llevar la droga en el interior del cuerpo, en el intestino, supone la aceptación de un plus de riesgo para la salud de la condenada, que le hace acreedora de valorar tal dato para individualizar la pena compensando esta circunstancia que, en ocasiones, puede actuar como una pena natural –*poena naturalis*-, como es el caso de autos en el que hubo de ser intervenida quirúrgicamente de una oclusión intestinal. En definitiva, si la culpabilidad debe ser la medida de la pena, en la medida que esta debe compensar aquella, cuando se han derivado perjuicios concretos, o se han asumido riesgos serios para la salud como ocurre en los supuestos de los correos de la droga que utilizan su cuerpo, procede atemperar la pena a la realidad de esa situación...”. Imponiendo en consecuencia una pena inferior a la que en supuestos semejantes ha impuesto la Sala, pero dentro del mismo marco.

Controversia, que como ha quedado expuesto, no desiste ni deviene en una solución unívoca sobre la oportunidad o no de otorgar virtualidad a la *poena naturalis*, y menos aún sobre el recurso sobre el cual sustentarla.

Por nuestra parte, compartimos con CHOCLÁN MONTALVO que en nuestro Derecho, los Tribunales debieran “considerar que la culpabilidad por el hecho puede saldarse cuando como consecuencia del delito el autor ha sufrido un perjuicio grave, directamente o a través del daño a terceros (pariente o persona del entorno), lo que debe expresarse en la individualización penal mediante la atenuación de la pena si la culpabilidad no se compensó totalmente, agotando en su caso las posibilidades de atenuación que ofrece la regla del artículo 66, con el recurso a esa cláusula general de individualización

que representa el tantas veces citado artículo 21.6 del Código Penal, pues la compensación de la culpabilidad por circunstancias posteriores a la acción equivale a la ejecución del hecho con culpabilidad disminuida. En el caso de que la compensación del daño sufrido por el autor compense totalmente la culpabilidad debe ser tenido en cuenta el principio de que no hay pena sin culpabilidad, bien porque el hecho se ejecutó por quien no pudo ser declarado culpable (ejemplo, error de prohibición invencible) bien porque la culpabilidad afirmada al tiempo de la acción se compensó anticipadamente por circunstancias ajenas a la pena²⁶⁸.

Y para el supuesto de no ser acogida, atenuada o compensada la responsabilidad penal por el Juzgador, y entendiendo que la *poena naturalis*, aun involuntaria y ajena, puede en ocasiones absorber con mayor contundencia y eficacia, si cabe, los fines de las penas, consideramos la inexorable oportunidad y viabilidad de ser compensados sus efectos a través del indulto, en pro de la realización de la justicia material, pues lo contrario conllevaría a la imposición de una pena sustancialmente desproporcionada e injusta²⁶⁹.

Por último y en conexión con lo apuntado al introducir el presente apartado relativo a las causas o motivos de indulto, cabe aducir que las mismas no están tasadas, que las aquí expuestas constituyen aquellas que de sólo han sido invocadas y consecuentemente admitidas y estimadas, pero que, en cualquier caso si hubieran de enumerarse estrictamente, tan sólo podríamos enunciar una que engloba a cualquiera de ellas, de las aquí desarrolladas y de las que aquí no encuentran reflejo, aquella que concilia y engarza con el propio fin que persigue la institución del indulto, tal cual es la realización de la justicia material al caso concreto.

Podría sugerirse, *a priori*, la oportunidad de que todas las causas que pudieran fundamentar la concesión de indulto estuvieran positivamente

²⁶⁸ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., en Individualización judicial de la pena, op. cit., p. 192.

²⁶⁹ En este mismo sentido, LLORCA ORTEGA, J., op. cit., p. 108.

determinadas en la propia Ley de Indulto, ganando con ello en seguridad jurídica y restringiendo y menguando el, en ocasiones, desmedido poder otorgado al Gobierno en estas lides, reforzando así los tibios márgenes que separan lo discrecional de lo arbitrario, pero no debe olvidarse que el indulto constituye en esencia un instituto residual, excepcional, cuyo recurso se hace factible únicamente cuando ni la ley penal ni los órganos judiciales encargados de aplicarla han dispuesto de los medios necesarios para la realización de la justicia a un caso concreto, así el instituto actúa cuando no ha habido previsibilidad, de tal modo que si fueran previsibles y enumerables los supuestos en que existe una incapacidad para la realización de la justicia material, la tasación de los mismos habría de operar en el ámbito de la ley penal y no de la ley de indulto.

6. CLASES DE INDULTO:

El indulto se puede clasificar atendiendo a diversos criterios, entre los caben destacar los siguientes:

I. En virtud de la individualidad o pluralidad de los sujetos potencialmente beneficiarios de la gracia, el indulto puede ser:

A) Particular: Es la única manifestación de la gracia que actualmente encuentra cobertura expresa de la Constitución Española. Todo indulto, pues, ha de ser particular y, en su tramitación y otorgamiento hay que estar a lo dispuesto en la Ley de 18 de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto.

B) General: Manifestación histórica del derecho de gracia, actualmente proscrito por nuestra Constitución²⁷⁰, extiende el núcleo de supuestos beneficiarios por el acto de concesión de indulto a una pluralidad sujetos, en ocasiones indeterminados.

II. Por su amplitud, el indulto puede ser:

A) Total: Es aquel por el cual se remiten todas y cada una de las penas a que hubiese sido condenado y que todavía no hubiese cumplido el delincuente (artículo 4, párrafo 1º de Ley de 18 de junio de 1870), debiendo extenderse, por tanto, el beneficio a todos los castigos principales y accesorios. Destáquese la aplicación en el ámbito del indulto del principio penológico *accessorium sequitur principalem*, exteriorizado en la Ley de 1.870 a través de su

²⁷⁰ La Constitución Española, en su artículo 62.i) veta expresamente la posibilidad de indultos generales, así, corresponde al Rey, “ejercer el derecho de gracia con arreglo a la Ley, que no podrá autorizar indultos generales”.

artículo 6, por el cual: “el indulto de la pena principal llevará consigo el de las accesorias que con ella se hubiesen impuesto al penado, a excepción de las de inhabilitación para cargos públicos y derechos políticos y sujeción a la vigilancia de la autoridad, las cuales no se tendrán por comprendidas si de ellas no se hubiese hecho mención especial en la concesión.

Tradicionalmente se ha entendido la concesión de indultos totales con carácter residual en cuanto exige la presencia de presupuestos cualificados en orden a su motivación; en este sentido el artículo 11 de la Ley de 1.870 dispone que “el indulto total se otorgará a los penados tan sólo en el caso de existir a su favor razones de justicia, equidad o utilidad pública, a juicio del Tribunal sentenciador”²⁷¹. Razones de justicia, equidad o utilidad pública que se precisa sean apreciadas por el órgano sentenciador en su previo y preceptivo informe al acto gracioso, operando de forma vinculante para el Gobierno, cerrando la posibilidad de concesión del indulto total en el caso de resultar negativo el susodicho informe²⁷².

B) Parcial: A sensu contrario, cuando por el indulto no se produce la remisión de todas las penas a que hubiese sido condenado el reo y que aún no hubiese cumplido, es decir, cuando tan sólo se remiten alguna o algunas de las penas impuestas, o de parte de todas las que hubiese incurrido y no hubiese cumplido el delincuente, estamos en presencia del denominado indulto parcial. Asimismo también se reputa indulto parcial la conmutación de de la pena o penas impuestas al delincuente en otras menos graves²⁷³.

Las modalidades que encuentran cobijo bajo el denominado indulto parcial son muy variadas, así puede recaer sobre alguna o algunas penas

²⁷¹ Destáquese que el artículo 11 de la Ley por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, en su redacción originaria encomendaba la elaboración del preceptivo dictamen al tribunal sentenciador y al Consejo de Estado, pero con el Decreto de 22 de abril de 1.938, el informe del consejo de Estado dejó de ser preceptivo, siendo éste suprimido definitivamente con la reforma operada por la Ley 1/1988 de 14 de enero.

²⁷² En este sentido, el Auto del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2.001 y la Sentencia de 5 de febrero de 2.001.

²⁷³ Artículo 4 de la Ley de 18 de junio de 1.870.

principales y accesorias, sobre las penas principales y no las accesorias, sobre las accesorias y no las principales, todo ello sin perjuicio de lo establecido en el artículo 7 de la Ley de 1.870²⁷⁴.

Destáquese la especial predilección por la modalidad de la conmutación de penas en el ámbito del indulto particular, sustitución de una o varias penas por otra u otras distintas, exteriorizada por el legislador en la redacción del artículo 12 de la Ley por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, en el que dispone expresamente "..., y con preferencia la conmutación de la pena impuesta en otra menos grave dentro de la misma escala gradual". El régimen jurídico de la conmutación de penas establecido por la Ley de 1.870 venía a distinguir entre una conmutación de penas que podríamos denominar de "ordinaria", conmutación de la pena impuesta en otra menos grave dentro de la misma escala gradual, y una conmutación de penas que podríamos denominar como "especial", conmutación de pena en otra de distinta escala²⁷⁵, exigiéndose para esta última la existencia de méritos suficientes para ello, a juicio del Tribunal sentenciador o del Consejo de Estado, y que el penado además se conformare con la conmutación²⁷⁶. Régimen de la conmutación de penas llamada especial que se ha visto superado por una parte por la devenida incompetencia del Consejo de Estado en la materia y por otra por la desaparición, tras la promulgación del Código Penal de 1.995, del sistema de escalas graduales.

Hay que entender, adaptando el régimen de conmutación de penas llamada "especial" a la nueva realidad normativa, y siguiendo a LLORCA

²⁷⁴ Artículo 7 de la Ley de 18 de junio de 1.870: "Podrá concederse indulto de las penas accesorias, con exclusión de las principales y viceversa, a no ser de aquellas que sean inseparables por su naturaleza y efectos".

²⁷⁵ En este sentido obra destacar que la Ley de 1.870 no exige, en el supuesto de la llamada conmutación "especial" que la pena de la distinta escala gradual sea de menor gravedad que la conmutada.

²⁷⁶ El artículo 12 de la Ley de 18 de junio de 1.870 establece: "En los demás casos se concederá tan sólo el parcial, y con preferencia la conmutación de la pena impuesta en otra menos grave dentro de la misma escala gradual. Sin embargo, de lo dispuesto en el párrafo anterior, podrá también conmutarse la pena en otra de distinta escala cuando haya méritos suficientes para ello, a juicio del Tribunal sentenciador o del Consejo de Estado, y el penado además se conformare con la conmutación."

ORTEGA²⁷⁷, que, “salvo que el indulto consista en una reducción de la pena impuesta -en cuyo caso estaremos ante un indulto parcial en sentido estricto- o en una “degradación” de la misma –en cuyo caso estaremos ante la conmutación ordinaria- todos los demás casos de indulto no total constituirán, en la actualidad, conmutaciones especiales, que deberán ser otorgadas con las formalidades exigidas en el párrafo 2º del artículo 12 de la L.I.”.

III. Por la modalidad de su otorgamiento, los indultos pueden ser:

A) Puros: Se denominan indultos puros aquellos que son otorgados sin más condiciones que las tácitas de todo indulto. El artículo 15 de la Ley por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, establece como condiciones tácitas de todo indulto: “1. Que no cause perjuicio a tercera persona o no lastime sus derechos²⁷⁸. 2. Que haya sido oída la parte ofendida, cuando el delito por el que hubiese sido condenado el reo fuere de los que solamente se persiguen a instancia de parte.

B) Condicionales: Son aquellos concedidos bajo condición expresa, aconsejada por razones de justicia, equidad o utilidad pública²⁷⁹; condición o condiciones que habrán de ser previamente cumplidas por el penado a los efectos de que el Tribunal sentenciador pueda dar cumplimiento a la correspondiente concesión de indulto, excepto aquellas que por su naturaleza no lo permitan²⁸⁰.

²⁷⁷ LLORCA ORTEGA, J., op. cit., p. 49.

²⁷⁸ Resulta difícil concebir un supuesto en el que por la concesión de la gracia se puedan perjudicar los derechos de tercera persona, más aun si se conecta con la idea de que la tutela judicial efectiva de la víctima o el perjudicado por el hecho delictivo no se extiende al derecho a que se le imponga una pena al culpable.

²⁷⁹ El artículo 16 de la Ley por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, dispone: “Podrán, además, imponerse al penado en la concesión de la gracia las demás condiciones que la justicia, la equidad o la utilidad pública aconsejen.”

²⁸⁰ Artículo 17 de la L.I.: “El Tribunal sentenciador no dará cumplimiento a ninguna concesión de indulto cuyas condiciones no hayan sido previamente cumplidas por el penado, salvo las que por su naturaleza no lo permitan.”

IV. Por el solicitante, se pueden distinguir:

A) Indulto de iniciativa particular: Es aquel promovido por el penado, por sus parientes o por cualquier otra persona en su nombre. Es en virtud del Decreto de 9 de diciembre de 1949 por el cual se prevé la posibilidad de que el propio interesado pueda instar la petición de indulto.

B) Indulto de iniciativa judicial: Es aquel propuesto por el Tribunal Sentenciador o por el Tribunal Supremo con arreglo a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 4 del Código Penal y en las Leyes de procedimientos y casación criminal.

C) Indulto de iniciativa del Jurado: Es el instado por el Jurado a través de la sentencia, después de que el Magistrado Presidente haya recabado su criterio al respecto; en este sentido el artículo 52.2 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, establece: "Asimismo, el Magistrado-Presidente recabará, en su caso, el criterio del Jurado sobre la aplicación de los beneficios de remisión condicional de la pena y la petición o no de indulto en la propia sentencia".

D) Indulto de iniciativa fiscal: Es el promovido por el Fiscal del Tribunal Sentenciador o por el Fiscal del Tribunal Supremo.

E) Indulto de iniciativa gubernativa: Es aquel propuesto por el Gobierno, en el caso de no haber sido instado por los particulares ni por los Tribunales de Justicia.

F) Indulto de iniciativa penitenciaria: Es aquel instado por el Juez de Vigilancia Penitenciaria a solicitud de la Junta de Tratamiento y previa propuesta del Equipo Técnico, referido a penados en los que concurren determinadas circunstancias en un grado considerado como extraordinario; en este sentido el artículo 206 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, dispone: "1. La Junta de

Tratamiento, previa propuesta del Equipo Técnico, podrá solicitar del Juez de Vigilancia Penitenciaria la tramitación de un indulto particular, en la cuantía que aconsejen las circunstancias, para los penados en los que concurran, de modo continuado durante un tiempo mínimo de dos años y en un grado que se pueda calificar de extraordinario, todas y cada una de las siguientes circunstancias:

- Buena conducta.
- Desempeño de una actividad laboral normal, bien en el Establecimiento o en el exterior, que se pueda considerar útil para su preparación para la vida en libertad.
- Participación en las actividades de reeducación y reinserción social.

2. La tramitación del indulto a que se refiere el párrafo anterior se regulará por lo dispuesto en la vigente legislación sobre el ejercicio del derecho de gracia y en las disposiciones que la complementen o modifiquen”.

V. Por el momento de su concesión, se significan:

A) Indulto anticipado: Es aquel que se otorga con anterioridad a la celebración del juicio y, por ende, de haberse dictado sentencia.

B) Indulto “post sententiam”: Es aquel otorgado con posterioridad a haberse dictado sentencia condenatoria, y el único supuesto no controvertido en que puede tener virtualidad el indulto particular. El hecho de que el reo haya sido condenado por sentencia firme, se refiere en el artículo 2.1 en relación con el artículo 1 de la Ley de 18 de junio de 1.870, como presupuesto que ha de concurrir para la concesión de indulto, sin perjuicio de la discusión doctrinal vertida a raíz de lo dispuesto en el artículo 3 y último párrafo del artículo 2, que será debidamente analizada en un momento posterior de este estudio.

7. ACTOS PREPARATORIOS A LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE INDULTO:

El procedimiento de indulto se inicia en virtud de un acto dictado por el Ministro de Justicia, por el cual se ordena la formación del oportuno expediente, previa solicitud de concesión de la gracia. Es precisamente en relación a esos actos preparatorios y anteriores a la iniciación del procedimiento, y habida cuenta la especialidad de los diferentes tipos de solicitud, en función primordialmente del solicitante, así como la especialidad de las causas que la informan, por lo que entendemos oportuno su estudio separado, desglosando así los actos preparatorios a la iniciación del procedimiento atendiendo a la identidad del solicitante.

A) En relación al indulto de iniciativa particular: Como ya quedó expresado, tanto el penado, como sus parientes o cualquier otra persona en su nombre, podrán instar la solicitud de indulto. La Ley de 18 de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, instaura un régimen que puede considerarse abierto en cuanto a las posibilidades de solicitud de la gracia a iniciativa particular, no exigiendo siquiera, como dispone expresamente el artículo 19, para el caso de ser solicitado por un tercero en nombre del penado, la necesidad de poder escrito que acredite su representación.

Asimismo se viene suscitando el debate acerca de la oportunidad o inoportunidad de que un tercero inste la solicitud de gracia respecto de un tercero del que es del todo ajeno y aun con constando expresamente su consentimiento. A colación resultan bastante ilustrativas las palabras de Don Eugenio Montero Ríos en la exposición de motivos del originario proyecto de ley, así: “para pedir el perdón de un semejante, todo ciudadano, todo hombre, está suficientemente autorizado. Nadie, pues, necesitará poder escrito para

satisfacer los impulsos de su piadoso corazón. El hombre siempre tiene para hacer el bien poder bastante de Dios”. En consecuencia, no entendemos que la voluntad del Legislador contara con objeciones a tales posibilidades de solicitud.

En un plano similar, es igualmente planteable la posibilidad de una práctica cada vez más prolífica, tal cual es las solicitudes en masa o colectivas, instadas por los miembros de organizaciones, partidos políticos, colegios profesionales,..., que si bien en un tiempo estuvieron proscritas²⁸¹, entiendo no han de quedar excluidas, actualmente, de la cobertura del artículo 19 de la L.I.

La solicitud, en cualquier caso, no está revestida de formalidad especial alguna; no obstante habrá de tratarse de una solicitud escrita –o mediante comparecencia plasmada por escrito- que contenga fundamentalmente los datos identificadores del solicitante y su firma. Solicitud que irá dirigida al Ministro de Justicia, bien directamente, bien indirectamente, a través del Tribunal sentenciador, del Jefe del establecimiento penitenciario o del Delegado del Gobierno en la provincia. Es conveniente, aunque no imprescindible, invocar los motivos en que se fundamente la solicitud, así como el hecho de acompañar documentos que acrediten los extremos alegados.

Entendiendo el indulto como un instituto de realización de la justicia material al caso concreto, serán oportunos motivos de diferente índole siempre que propicien o justifiquen tal fin; todo ello siempre a excepción de la solicitud de indulto total cuya concesión exige a su favor, la existencia de razones de justicia, equidad o utilidad pública.

²⁸¹ Por Real Decreto de 7 de diciembre de 1.866, suscrito por Don Lorenzo Aráozla, Ministro de Gracia y Justicia, en vigor hasta la publicación de la Ley de 18 de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto.

B) En relación al indulto de iniciativa judicial: Como ya quedó apuntado, tanto el Tribunal Sentenciador²⁸² como el Tribunal Supremo, podrán instar la solicitud de indulto con arreglo a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 4 del Código Penal y en las Leyes de procedimientos y casación criminal; esto es, cuando el Juez o Tribunal entiendan que resulta penada una acción u omisión con un castigo notablemente excesivo.

De modo tal, que una vez determinada por el órgano judicial correspondiente la voluntad de proponer el indulto, dicho acuerdo, que en cualquier caso habrá de ser motivado, conteniendo las razones que a juicio del órgano judicial convierten la sanción en notoriamente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo, será plasmado en un Auto, que en todo caso habrá de ser posterior a la firmeza de la respectiva sentencia y, en consecuencia, resulte ya ejecutable la penalidad considerada excesiva, o, y para el caso de que sea propuesto por el Tribunal Supremo por vía del recurso de casación, en la Sentencia “en casación”, en virtud de lo dispuesto en el artículo 902 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El diferente tratamiento en cuanto a la forma en que ha de plasmarse el acuerdo encuentra su justificación en que en este último caso son inexorablemente firmes y definitivas, no existiendo razón que ampare el retraso en la plasmación del acuerdo de proposición de indulto.

Así, en la propuesta judicial de indulto quedará debidamente determinada la pena o penas sobre las que se insta la petición, así como para el caso de la conmutación, la pena o penas objeto de la misma; propuesta que, acompañada, por razones de economía procesal, de la propuesta, el informe y el dictamen fiscal, será debidamente remitida al Ministro de Justicia.

²⁸² El término “Tribunal” empleado por el artículo 20 de la Ley de 18 de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, ha de ser interpretado en conexión con el Código Penal y la Ley Orgánica del Poder Judicial, de modo que ha de ser inexorablemente extendida tal facultad a los Juzgados sentenciadores.

El Tribunal Supremo como apuntábamos ostenta legitimidad conferida por el artículo 20 de la L.I. y el artículo 4.3 del C.P., en orden a la proposición de indulto en el supuesto advertido, si bien es destacable que el mismo puede actuar como Sala encargada del conocimiento de la instrucción y fallo en las causas seguidas contra determinados cargos públicos, así como Sala encargada del conocimiento del recurso de casación. Si bien resulta del todo incontrovertida su facultad en orden a la proposición de indulto en el primero de los supuestos, en el que actúa como órgano sentenciador, resulta, por contra, algo más controvertida su facultad de proposición de indulto cuando conozca de la causa por vía del recurso de casación. En este último caso, entendemos, se hace necesario distinguir aquellos supuestos en los que el Alto Tribunal ostenta la plena jurisdicción sobre el proceso, es decir, cuando previa estimación de la infracción invocada, el Tribunal casa y anula la resolución impugnada, dictando, en consecuencia, la denominada sentencia “en casación”, pronunciándose sobre el fondo del asunto y con las mismas facultades que el Tribunal a quo, sin más limitaciones que la de no imponer pena superior a la señalada en la sentencia casada o la que correspondería conforme a las pretensiones del recurrente, en la caso de que se solicitase pena mayor, de aquellos otros supuestos en los que el Alto Tribunal no ostenta plena jurisdicción sobre el proceso, sino todo lo más, y para el supuesto de ser estimada la infracción invocada, la facultad de ordenar la devolución de la causa al órgano del que proceda para que, reponiéndola al estado que tenía cuando se cometió, la sustancie y termine con arreglo a derecho. Pues bien, únicamente en el primero de estos supuestos enunciados, es decir cuando el Tribunal Supremo, teniendo conocimiento de la causa por vía del recurso de casación, ostente plena jurisdicción sobre el proceso, supuestos que se corresponden con los supuestos de estimación de los recursos de casación por infracción de ley, entendemos ha de entenderse reconocida la facultad de proponer un indulto al Gobierno ex art. 4.3 del Código Penal, habiendo de considerar la negación de la misma para los restantes supuestos en los que el Tribunal Supremo tenga conocimiento de la causa por vía del recurso de casación, concretamente referenciados a los supuestos de desestimación del recurso de casación en general y de estimación del recurso de casación por quebrantamiento de forma.

C) En relación al indulto de iniciativa fiscal: Encuentra cobertura, este tipo de proposición, en el mismo artículo 20 de la Ley de 18 de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, de modo que, tanto el Fiscal adscrito al órgano sentenciador como al Tribunal Supremo, podrán instar dicha petición de acuerdo con lo establecido en el apartado 3 del artículo 4 del Código Penal.

El expediente de indulto incoado por el Ministerio Fiscal se regirá por las mismas directrices que las que rigen el expediente iniciado a propuesta del órgano judicial sentenciador. El Fiscal, una vez sea declarada firme la sentencia condenatoria, formulará una propuesta de indulto donde se expondrán los motivos de la gracia, su modalidad y efectos, siendo ésta por conducto jerárquico elevada al Fiscal General del Estado, quien estudiará la viabilidad de acordar su remisión al Ministro de Justicia, decidiendo éste sobre la incoación del expediente que será instruido por el órgano sentenciador y seguirá los mismos trámites establecidos para el indulto ordinario.

Se hace necesario distinguir el indulto de iniciativa fiscal, propiamente dicho, en el que este órgano asume la responsabilidad de la iniciativa, de la mera puesta en conocimiento del órgano sentenciador de la presencia de presupuestos que pudieran llegar a hacer aconsejable la propuesta por éste de una solicitud de indulto, en cuyo caso estaríamos considerando un supuesto de indulto de iniciativa judicial²⁸³.

Es de destacar que si bien el régimen aplicable a la solicitud de indulto de iniciativa judicial es prácticamente extensible en su totalidad a la solicitud de indulto de iniciativa fiscal, ello cuenta con alguna excepción digna de ser mencionada, así el apartado 4 del artículo 4 del Código Penal no puede entenderse vinculante para el Ministerio Fiscal, por la sencilla razón de que

²⁸³ En este sentido la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1982, la cual admite la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste al órgano judicial sentenciador para que éste promueva la solicitud de indulto.

carece de competencia para decretar la suspensión de las penas, todo ello, sin perjuicio de que los artículos 1, 3 y 4 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, facultan al mismo para instar del órgano judicial sentenciador la suspensión de la ejecución de la sentencia, mediada la petición de indulto, en tanto no se resuelva la misma.

D) En relación al indulto de iniciativa del Jurado: Sin perjuicio de entender esta posibilidad inexorablemente encuadrada como modalidad del llamado indulto de iniciativa judicial, y, por tanto, con cobertura en el mismo artículo 20 de la Ley de 18 de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, se hace conveniente su estudio separado atendiendo a las diversas peculiaridades y singularidades que le son anejas, y que adquieren especial relieve en la fase preparatoria a la solicitud o proposición judicial de indulto propiamente dicha.

La solicitud de indulto a iniciativa del Jurado es, en consecuencia, una proposición de indulto a instancia del órgano sentenciador, pero con la peculiaridad de que es suscrita por el Magistrado-Presidente tras recabar el criterio de los miembros del Jurado. En este sentido el apartado 2 del artículo 52 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, viene a disponer, en lo relativo al objeto del veredicto, que “asimismo, el Magistrado-Presidente recabará, en su caso, el criterio del Jurado sobre la aplicación de los beneficios de remisión condicional de la pena y la petición o no de indulto en la propia sentencia”. Tenor literal del precepto enunciado que, obra decir, suscita una importante discrepancia en cuanto al carácter potestativo o preceptivo de la referida pregunta o consulta por el Magistrado-Presidente al Jurado sobre el particular. De este modo la consiguiente solución dependerá del tipo de interpretación que se le otorgue a la expresión “en su caso”, referenciada en el susodicho precepto. Así, de las variables interpretaciones que son susceptibles de ser extraídas del precepto, interesamos destacar las siguientes:

a) Que queda al arbitrio del Magistrado-Presidente determinar la viabilidad de la posibilidad de ser ulteriormente aplicados los referidos beneficios, extendiendo en este caso la consulta al Jurado sobre la susodicha propuesta.

b) Que queda al arbitrio del Magistrado-Presidente determinar la concurrencia de los presupuestos legales en orden a la propuesta, recabando en este caso el criterio del Jurado, todo ello con independencia de su consideración personal del Magistrado-Presidente acerca de la viabilidad o no de la ulterior concesión graciosa.

c) Que el inciso del precepto, marcado con la expresión “en su caso”, viene únicamente referenciado a los beneficios de remisión condicional de la pena, siendo en todo caso preceptiva la consulta al Jurado en orden a recabar su criterio a los efectos de la proposición de indulto.

d) Que el inciso del precepto viene referido en orden a la necesidad de que previamente haya sido emitido un veredicto de culpabilidad, sin el cual devendría en inoperante la consulta.

Por nuestra parte entendemos esta última interpretación la más acorde y oportuna, de modo tal que, mediando veredicto de culpabilidad, el Magistrado-Presidente vendría obligado a extender la consulta al Jurado sobre el particular.

Propuesta de indulto que requerirá el voto favorable de cinco jurados, con reflejo en el acta, donde se consignarán, asimismo, los elementos de convicción que fundamentaron la decisión, absteniéndose, en todo caso, de cualquier pronunciamiento acerca de la clase o extensión del indulto, cuestiones que quedan reservadas a la competencia del Magistrado-Presidente.

En relación a los motivos que fundamentaron la decisión de proponer el indulto, se hace necesario advertir que, siendo el indulto de iniciativa del Jurado

una modalidad encuadrada en el llamado indulto de iniciativa judicial, dichos motivos habrán de encontrar cobertura en el apartado 3 del artículo 4 del Código Penal, de modo que la propuesta únicamente será procedente en el supuesto de notable desproporcionalidad de la pena atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo.

Criterio favorable del Jurado en orden a la petición de indulto que huelga decir que en ningún caso ha de entenderse vinculante para el Magistrado-Presidente a los efectos de instar la correspondiente solicitud judicial al Gobierno, que en caso de no considerarla oportuna, entendemos, ha de motivar tal decisión.

En el supuesto de que el Magistrado-Presidente acceda a la referida propuesta, reflejará la misma en la parte dispositiva de la sentencia, dando así cumplimiento a lo preceptuado en los artículos 52.2 y 61.1 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

E) En relación al indulto de iniciativa gubernativa: En el supuesto de no haber sido instada la petición de indulto, reza el artículo 21 de la Ley de 18 de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, por los particulares ni por los Tribunales de Justicia, podrá el Gobierno mandar formar el oportuno expediente.

Aunque el tenor literal del precepto aluda únicamente, como condición para el indulto de iniciativa gubernativa, a la inexistencia de petición de la gracia por los particulares y por los Tribunales de Justicia, ha de entenderse extensiva tal condición a la inexistencia de petición por el Ministerio Fiscal, por su equiparación a la propuesta judicial, así como del llamado indulto de iniciativa penitenciaria, propuesta que, en definitiva, es formulada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Apenas de pueden distinguir singularidades características de los actos preparatorios a la iniciación del procedimiento de indulto a instancias del

Gobierno, tan sólo advertir que resulta difícilmente justificable que el Gobierno, residenciándose en él la decisión graciosa, y no habiendo sido solicitada por el potencial beneficiario de la misma, mande formar el oportuno expediente.

F) En relación al indulto de iniciativa penitenciaria: Quizá sea el indulto de iniciativa penitenciaria el que alberga en su fase preparatoria mayores singularidades en relación a las demás clases de indulto en atención al solicitante.

El Capítulo II, con el título “Beneficios penitenciarios”, del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, previene en su artículo 206 la posibilidad del llamado indulto de iniciativa penitenciaria; así, “la Junta de Tratamiento, previa propuesta del Equipo Técnico, podrá solicitar del Juez de Vigilancia Penitenciaria la tramitación de un indulto particular, en la cuantía que aconsejen las circunstancias, para los penados en los que concurran, de modo continuado durante un tiempo mínimo de dos años y en un grado que se pueda calificar de extraordinario, todas y cada una de las siguientes circunstancias: a) Buena conducta; b) Desempeño de una actividad laboral normal, bien en el Establecimiento o en el exterior, que se pueda considerar útil para su preparación para la vida en libertad; c) Participación en las actividades de reeducación y reinserción social”.

Si bien el régimen del procedimiento de indulto de iniciativa penitenciaria es el determinado por la Ley de 18 de junio de 1.870, por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, cabe destacar que en este supuesto, la propuesta de indulto por el centro penitenciario constituye un auténtico derecho subjetivo para el penado de concurrir los presupuestos anteriormente apuntados.

El Equipo Técnico, tras estudiar al penado, adoptará el acuerdo, en su caso, de someter al criterio de la Junta de Tratamiento la propuesta de indulto, la cual, tras examinar los presupuestos, interesará del Juez de Vigilancia Penitenciaria la petición al Gobierno de un indulto particular. El Juez de

Vigilancia Penitencia, tras conferir traslado de la propuesta al Fiscal de Vigilancia Penitenciaria, dictará Auto donde explicitará la concurrencia o no de los presupuestos del artículo 206 del Reglamento Penitenciario y, consecuentemente, el acuerdo de solicitar o no la gracia, acompañado de las razones que fundamentaron tal decisión.

Se plantea en torno a los actos preparatorios a la solicitud penitenciaria de indulto, si el Juez de Vigilancia Penitenciaria puede denegar el derecho a la solicitud de indulto de concurrir los presupuestos, siendo dicha realidad advertida por el Equipo Técnico y la Junta de Tratamiento. A mi juicio, considero que, en este caso, el Juez de Vigilancia Penitenciaria vendría obligado a acordar la solicitud; la propuesta penitenciaria de indulto constituye, como ya quedó apuntado, un derecho condicionado para el penado que surte sus efectos tras concurrir los presupuestos del artículo 206 del Reglamento Penitenciario, y que, en ningún caso, puede entenderse condicionado a una valoración previa sobre su ulterior concesión y por un órgano del todo incompetente para ello; es decir, considero del todo inoportuno que el Juez de Vigilancia Penitenciaria entre a valorar, más allá de la concurrencia de los referidos presupuestos, los motivos de fondo que conducen a la viabilidad de la concesión de la gracia de indulto.

Se hace necesario advertir que, en ningún caso, es dable confundir los presupuestos del artículo 206 del Reglamento Penitenciario con motivos o causas de concesión de indulto; así, los susodichos presupuestos operan únicamente en favor del derecho a la solicitud penitenciaria de indulto, no de la concesión del mismo. El beneficio penitenciario está circunscrito a la solicitud, a una cualificada solicitud a tenor de la autoridad o preeminencia del solicitante, beneficio que, en caso alguno, es susceptible de extenderse a la concesión de la gracia.

8. DEL PROCEDIMIENTO DE INDULTO:

El procedimiento de tramitación de la Gracia de Indulto viene regulado en el Capítulo III (artículos 19 al 32) de la Ley de 18 de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, bajo la rúbrica “Del procedimiento para solicitar y conceder la gracia de indulto”. Procedimiento administrativo especial que se sirve de un régimen jurídico propio, ajeno, por tanto, al régimen administrativo común.

Es el Ministerio de Justicia quien tiene asignada, en virtud del Real Decreto 1475/2004, de 18 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia, la función de preparar y ejecutar la política del Gobierno en materia de Gracia, concretamente a través de la Subsecretaría de Justicia, unidad de División de Tramitación de Derechos de Gracia y otros Derechos. Siendo, por tanto, este Departamento el competente para conocer, en sentido amplio, del procedimiento de tramitación de la Gracia de Indulto.

A) INICIACIÓN: El procedimiento de indulto se inicia con la petición o solicitud de gracia debidamente presentada, solicitud que, en virtud del sujeto u órgano que la promueva y tras seguir los cauces y con las peculiaridades que le son propias, ha sido extensamente abordada en el epígrafe precedente. Una vez, registrada la correspondiente solicitud, el Ministro de Justicia dictará un acto en orden a la formación del oportuno expediente.

B) INSTRUCCIÓN: Iniciado el procedimiento de indulto, y dictado el acto por el que se ordena la incoación del oportuno expediente, se remitirá el mismo al Tribunal Sentenciador a los efectos de emitir el correspondiente

informe, según previene el artículo 23 de la Ley de 18 de junio de 1.870. Es indudable el papel destacado que ostenta el órgano sentenciador en la instrucción del expediente de indulto, sin que por ello entendamos se pueda llegar a atribuir al mismo la titularidad de la competencia para instruir el procedimiento, en cuanto que la misma corresponde al Ministerio de Justicia en virtud de lo dispuesto en la Ley de 18 de junio de 1.870 y en los términos que señala el Real Decreto 1475/2004, de 18 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia. Carecería de fundamento, a nuestro entender, la postura doctrinal que alienta la tesis de que es al tribunal sentenciador a quien corresponde la susodicha instrucción, por cuanto es patente la incapacidad de un órgano jurisdiccional para instruir un procedimiento administrativo, sin perjuicio, de que de la intervención de éste en el expediente de indulto se derive gran parte del objeto de la instrucción.

Dispone el artículo 23 de la Ley 18 de junio de 1.870 que “las solicitudes de indulto, incluso las que directamente se presentaran al Ministro de Justicia, se remitirán a informe del Tribunal Sentenciador”. Tribunal Sentenciador que como bien apunta LLORCA ORTEGA²⁸⁴, no siempre es pacífica su determinación, dificultad promovida por los supuestos en que el reo es condenado en diferentes causas y a diversas penas privativas de libertad, acumuladas posteriormente en virtud de la regla 2ª del artículo 76 del Código Penal relativo al máximo de cumplimiento efectivo de la condena, por el cual “la limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo”. Es controvertida la solución acerca de cual habrá de ser, de los varios sentenciadores, el órgano que ha de emitir el respectivo informe; a este respecto LLORCA ORTEGA se decanta por el órgano judicial sentenciador que hubiese dictado el Auto de acumulación, como el competente para llevar a cabo tal asignación, así “de esta forma, al constituir la acumulada una pena nueva, autónoma y diferente de las anteriores, es lógico que el beneficio lo “instruya” (e informe de su procedencia e improcedencia) el órgano judicial que la hubiere fijado y que, en lo sucesivo, ha

²⁸⁴ LLORCA ORTEGA, J., op. cit., p. 138.

de conocer su ejecución”²⁸⁵. Por una posición encontrada se postula que el órgano que decretó la acumulación desconoce las circunstancias que concurrieron en los diferentes procesos condenatorios.

Cuestión distinta es que el reo se encuentre cumpliendo varias penas que no han sido acumuladas sino refundidas, siendo incontrovertida la solución que asigna al órgano sentenciador de la pena que se trata de graciarse la competencia para emitir el oportuno informe, ya que en este supuesto, a diferencia de la acumulación, cada una de las penas refundidas sigue conservando su entidad propia.

La fase de instrucción del procedimiento de tramitación de la Gracia de Indulto, se inicia con la remisión del expediente por el Ministerio de Justicia al órgano sentenciador para informe, sucediéndose a partir de ese momento una variedad de actuaciones que conformarán el material instruido, que constituirá asimismo la fundamentación que propiciará la decisión graciosa. Para una más clara exposición, procedemos a desglosar la fase de instrucción en los siguientes trámites o diligencias presentados por riguroso orden de sucesión:

a) Informe de conducta del penado (o condenado)²⁸⁶:

El órgano sentenciador, una vez recibido el expediente habrá de solicitar “informe sobre la conducta del penado al Jefe del Establecimiento en que aquel se halle cumpliendo la condena, o al Gobernador de la provincia de su residencia, si la pena no consistiese en la privación de libertad”, según dispone el artículo 24 de la Ley 18 de junio de 1.870.

²⁸⁵ LLORCA ORTEGA, J., op. cit., p. 138.

²⁸⁶ Si bien denominé este apartado “Informe de conducta del penado” por coherencia con la disposición literal contenida en el artículo 24 de la Ley de 18 de junio de 1.870, entiendo más adecuado la denominación “Informe de conducta del condenado”, en atención a la posibilidad prevenida por el artículo 4.4 del Código Penal.

Del tenor literal del precepto, se desprende que el referido informe ha de quedar circunscrito únicamente a aquellos supuestos en los que el sujeto susceptible de beneficiarse de la gracia ha sido condenado a pena privativa de libertad y se encuentra, en la fase de instrucción del expediente, cumpliendo la pena de forma efectiva, y a aquellos otros supuestos en los que el sujeto ha sido condenado a pena distinta de la de privación de libertad; quedando por tanto excluidos del trámite de informe preceptuado en el artículo 24 de la Ley de 18 de junio de 1.870, los supuestos en los que el sujeto haya sido condenado a pena privativa de libertad y no se encuentre a la fecha cumpliendo la pena.

Desde mi punto de vista, entiendo que la conducta del condenado tras devenir firme la sentencia constituye un elemento del todo sustancial en orden a valorar la idoneidad de la medida de gracia, elemento que en ocasiones puede cobijar el fundamento de justicia y equidad que ha de fundamentar la susodicha concesión, y por tanto que no habría de quedar excluido del mandato del artículo 24 de la Ley de 18 de junio de 1.870, la emisión del referido informe en los frecuentes supuestos de sujetos condenados a pena privativa de libertad que a la fecha indicada no se encuentran cumpliendo la misma.

El profesor LLORCA ORTEGA²⁸⁷ denuncia, asimismo, la omisión del artículo 24 que excluye el susodicho informe en los supuestos de condena a pena privativa de libertad que a la fecha indicada no está siendo cumplida por el sujeto, considerándola una omisión expresa, manifestación del verdadero propósito del legislador de 1.870, por el cual la solicitud de indulto no puede suspender la ejecución de la pena; negación que, obra decir, ha sido del todo superada por la posibilidad avalada por el artículo 4.4 del Código Penal de 1.995²⁸⁸.

²⁸⁷ En este sentido se pronuncia LLORCA ORTEGA, J., op. cit., p. 139.

²⁸⁸ Artículo 4.4 del Código Penal: "Si mediara petición de indulto, y el Juez o Tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada. También podrá el Juez o Tribunal suspender la

Considero, en definitiva, que habida cuenta la reconciliación alcanzada, por obra del artículo 4.4 del Código Penal, entre la solicitud de indulto y la posibilidad de que durante la misma se encuentre suspendida la pena, y por tanto la superación del propósito del legislador de 1.870, ha de extenderse necesariamente a este supuesto, el mandato contenido en el artículo 24 en lo relativo a la emisión del respectivo informe.

La conducta del condenado, tras devenir firme la sentencia, puede ser un valor de tal entidad que motive por sí solo la concesión de la gracia, con independencia de que la pena se encuentre suspendida, de tal modo que denegar injustificadamente la posibilidad de acreditar tales extremos en determinados casos, podría vulnerar el derecho fundamental a la igualdad ante la ley del sujeto potencialmente beneficiario.

La razón de considerar el informe sobre la conducta del condenado, como un elemento de esencial importancia que puede llegar a fundamentar la decisión graciosa, viene avalada por la posibilidad jurídica de concebir una culpabilidad del condenado disminuida, atenuada, extinguida o compensada por hechos posteriores al momento de comisión del hecho delictivo, sin hacer distinción entre el tipo de delito ni de pena, indistinción, por tanto, que no hay razón para trasladarla al plano de su modo de prueba.

b) Audiencia de la parte ofendida:

El Tribunal Sentenciador habrá de oír a la parte ofendida, si la hubiere, según dispone el artículo 24 de la Ley 18 de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto.

ejecución de la pena, mientras no se resuelva sobre el indulto cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad de éste pudiera resultar ilusoria”.

Este trámite está cargado de numerosos interrogantes surgidos a raíz de la dudosa relevancia que la voluntad del “ofendido” por el delito puede ostentar en relación con la conveniencia de la medida graciosa.

c) Audiencia del Ministerio Fiscal:

El Tribunal Sentenciador habrá de oír al Ministerio Fiscal según establece el artículo 24 de la Ley de 18 de junio de 1.870; intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento de indulto que se remonta a lo dispuesto en la Orden de 18 de junio de 1.840. El Ministerio Fiscal está legitimado en orden a proponer la práctica de cuantas diligencias estime oportunas, en el modo significado por la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1.925)

d) Informe del Órgano Sentenciador:

Una vez cumplidos los trámites anteriormente expuestos el Juez o Tribunal sentenciador, “hará constar en su informe, siendo posible, la edad, estado y profesión del penado, su fortuna si fuere conocida, sus méritos y antecedentes, si el penado fue con anterioridad procesado y condenado por otro delito, y si cumplió la pena impuesta o fue de ella indultado, por qué causa y en qué forma, las circunstancias agravantes o atenuantes que hubiesen concurrido en la ejecución del delito, el tiempo de prisión preventiva que hubiese sufrido durante la causa, la parte de la condena que hubiere cumplido, su conducta posterior a la ejecutoria, y especialmente las pruebas o indicios de su arrepentimiento que se hubiesen observado, si hay o no parte ofendida, y si el indulto perjudica derecho de tercero, y cualesquiera otros datos que puedan servir para el mejor esclarecimiento de los hechos, concluyendo por consignar su dictamen sobre la justicia o conveniencia y forma de la concesión de la gracia”²⁸⁹.

²⁸⁹ Artículo 25 de la Ley de 18 de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de indulto.

La Ley de 18 de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, manifiesta al respecto LLORCA ORTEGA²⁹⁰, “enumera, de forma abierta las diligencias a practicar en la instrucción, por lo que, en definitiva, serán la circunstancias de cada caso las que determinarán la necesidad de aportación de otros elementos de juicio, ya que algunos de los datos de constatación preceptiva resultan, en la actualidad, insuficientes (así, mas significativo que la simple consignación del estado civil del beneficiario, puede resultar el informe sobre su familia de origen, vicisitudes de su matrimonio (o matrimonios) o unión (o uniones) de hecho, estabilidad de los mismos, hijos habidos, actitud adoptada respecto de los mismos en orden a su sustento y educación, etc; de igual modo, más ilustrativo que el simple dato del oficio o profesión, puede resultar el informe sobre la tenencia o no de hábito de trabajo, tiempo realmente trabajado en el período inmediato a los hechos por los que fue condenado, medios de subsistencia de que disponía, si dispondría de trabajo caso de obtener la libertad definitiva, la libertad condicional o el tercer grado, etc.) o anacrónicos (así sucede con el dato de la prisión preventiva que, como es sabido, hubo épocas en que no fue de abono, y, otras, en que lo fue de forma limitada, razón por la cual era importante conocer el tiempo pasado por el reo en tal situación para determinar la parte de pena que convenía graciarse. Hoy (recuérdese la Ley de 17 de enero de 1901 sobre abono de prisión preventiva), por el contrario, resulta siempre de abono, por lo que basta con la aportación de la simple liquidación de condena, en la que preceptivamente figurará este dato), y otros necesitan de una interpretación actualizada (no bastará con indicar si, con anterioridad, fue procesado y condenado. También han de constar sus antecedentes penales por causas tramitadas por el procedimiento abreviado. Igualmente, no bastará con indicar si cumplió la pena o fue de ella indultado, será necesaria también exponer aquellas condenas en las que gozó del beneficio de remisión condicional, hoy suspensión de ejecución de la pena, instituto este desconocido, como es sabido, en el momento de la promulgación de la L.I.)”.

²⁹⁰ LLORCA ORTEGA, J., op. cit., pp. 144 y ss.

Datos que en definitiva, entiendo, habrían de proporcionar al órgano concedente de la gracia la posibilidad de cifrar el verdadero grado de culpabilidad del condenado, al tiempo de decidir la conveniencia de la misma, atendidas una variedad de circunstancias que, acaecidas con anterioridad o posterioridad al momento de comisión del hecho delictivo, pueden modular la culpa, agravándola, atenuándola, compensándola e incluso extinguiéndola. Los datos aportados habrían de facultar la evaluación de la culpabilidad, cuantificada al tiempo del examen de la conveniencia de la medida de gracia, en relación con el valor punitivo de la condena que aun le resta por cumplir al potencial beneficiario, todo ello en orden a reconocer que ambas guardan su adecuada proporción.

A juicio de LLORCA ORTEGA²⁹¹, “el suministro de estos datos no tiene, en la práctica, el rigor necesario. Sería conveniente estatuir que por los Equipos de Observación y Tratamiento se rindiese un triple estudio social, psicológico y criminológico, que, en su caso y a la vista de la situación o grado de clasificación del condenado, fuesen complementados con informes de los Servicios Sociales. Téngase en cuenta que, para la concesión de la gracia, tan importante es el examen de lo que “sucedió” (el hecho motivador de la condena) como lo que “ha sucedido” a partir de la condena (su conducta posterior a la ejecutoria, y especialmente las pruebas o indicios de su arrepentimiento que se hubiesen observado”.

Asimismo habrá de exponerse detalladamente el estado de ejecución de la pena o penas impuestas, y en el supuesto de pena privativa de libertad habrá de indicarse, en su caso, el tiempo efectivamente cumplido en prisión preventiva, el tiempo abonado por redenciones ordinarias y extraordinarias, así como otros posibles beneficios penitenciarios, así como del tiempo que restare por cumplir de la pena.

En el supuesto de tratarse de diferentes penas derivadas de diversas causas y refundidas en una sola, habrá de desmembrarse la pena susceptible

²⁹¹ LLORCA ORTEGA, J., op. cit., p. 145.

de ser graciada a los efectos de realizar sobre ésta, la referida liquidación. Más controvertido resulta el caso de que la pena susceptible de ser graciada se encuentre acumulada por vía del artículo 76 del Código Penal²⁹², en cuyo caso las penas objeto de la acumulación perdieron su individualidad propia, configurando así un nuevo castigo a todos los efectos. Parece ser casi unánime la consideración doctrinal que entiende que es la pena acumulada la que habrá de ser susceptible de la oportuna liquidación. En este sentido apunta LLORCA ORTEGA²⁹³, que “el órgano instructor del expediente –e informador del indulto-, convendría que fuese el que practicó la acumulación, pues, sin mermar importancia el órgano sentenciador, es lo cierto que, en materia de gracia, resulta, como ya se dijo, más importante lo que ha sido el reo a partir de la condena; y, desde el punto de vista procesal, se fijaría un criterio cómodo y unitario de competencia”.

Una vez cumplido todos los trámites y consignados todos los extremos a que se refieren los artículos 24 y 25 de la Ley de 18 de junio de 1.870, el órgano sentenciador habrá de concluir su informe, dictaminando acerca de la justicia o conveniencia y forma de la concesión de la gracia.

²⁹² El artículo 76 del Código Penal, en su redacción dada por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, dispone: “1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años. Excepcionalmente, este límite máximo será: a) De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión de hasta 20 años. b) De 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión superior a 20 años. c) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la Ley con pena de prisión superior a 20 años. d) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión superior a 20 años. 2. La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo.”

¹⁰ LLORCA ORTEGA, J., op. cit., p. 146.

Sobre la oportunidad de este trámite –la petición de informe al órgano judicial que impuso el castigo que se trata de modificar- se pronuncian diversos autores en sentido contrario, así, entre otros, LLORCA ORTEGA²⁹⁴, significa que “ante una solicitud de gracia de iniciativa particular, si el parecer del órgano sentenciador es favorable ¿no estará reconociendo la injusticia de su fallo?; y si manifiesta su oposición y, pese a ello, se concede la gracia ¿no estaría irrumpiendo la prerrogativa regia con una estridencia y un desdoro judicial innecesarios? Se ha dicho, sin embargo, que el Tribunal, cuando juzga, tiene que atenerse a la ley, y cuando informa mira por la justicia sin sujetarse a ninguna prescripción legal. Independientemente de este juego de palabras, parece como si existiera un desdoblamiento en el órgano judicial, un desdoblamiento de personalidad que le permitiese diferenciar, en la práctica, entre la severidad del juez que juzga y la benevolencia –en no pocas ocasiones, desmesurada- del juez que informa”.

Manifiesto mi particular disensión a la oportunidad del trámite de petición de informe al órgano sentenciador, sobre la conveniencia de la medida de remisión de una pena que él mismo determinó e impuso, a salvo los supuestos en que la conveniencia de la gracia se fundamente en hechos que no pudieron ser determinados en la sentencia condenatoria, como hechos acaecidos con posterioridad a la misma. ¿Qué razones, sino razones de justicia y equidad, fundamentan los fallos de los órganos sentenciadores? ¿Cómo un órgano sentenciador puede informar acerca de la existencia de razones de justicia y equidad para remitir una pena que él mismo ha fijado? ¿Es que la justicia no cuenta con herramientas para ser justa? ¿Es que es dable distinguir una justicia justa de otra que no lo es? Entiendo en cualquier caso, cuanto menos, paradójico que el órgano judicial aprecie y remita la necesidad de hacer justicia al Poder Ejecutivo.

El órgano sentenciador, una vez dictaminado acerca de la justicia o conveniencia y forma de la concesión de la gracia, habrá de remitir al Ministro

²⁹⁴ LLORCA ORTEGA, J., op. cit., pp. 146 y 147.

de Justicia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 26 de la L.I., el referido informe, al que acompañará la hoja histórico-penal y el testimonio de la sentencia ejecutoria del penado, así como los demás documentos que considere necesarios para la justificación de los hechos.

No exento de controversia está lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley de 18 de junio de 1.870²⁹⁵, por el cual se exime de “oír previamente al Tribunal sentenciador” cuando el indulto tenga por objeto la conmutación de penas impuestas por los delitos mencionados en el artículo 3 de la L.I.²⁹⁶, es decir por los llamados “delitos políticos”. De lo que se deduce que, en estos casos, será el órgano ejecutivo quien decidirá sobre la oportunidad o no de conceder la referida audiencia al órgano sentenciador. La expresión “oír” empleada por el Legislador da lugar a confusión en cuanto si ha de referirse la dispensa al trámite de informe en toda su extensión, prescindiendo de cualquier intervención del órgano sentenciador en este trámite, o si ha de circunscribirse a la manifestación lanzada por éste en cuanto a la justicia o conveniencia y forma de la concesión de la gracia.

Por mi parte, entiendo más oportuno y más acorde al propósito del legislador, en base a los términos empleados, la segunda posibilidad planteada, en cuanto que en el susodicho trámite la única manifestación de voluntad emitida por el órgano sentenciador es la contenida en el dictamen propiamente dicho; por tanto, si se dice “oír” lo más adecuado sería referirlo únicamente al parecer del órgano sentenciador, materializado a través del dictamen. Todo ello, como es obvio, sin perjuicio, de la valoración que pueda merecer el hecho de otorgar un diferente tratamiento a los indultos que tengan

²⁹⁵ Artículo 29 de la Ley 18 de junio de 1.870, por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto: “Sin embargo de lo dispuesto en los artículos anteriores, podrá concederse la conmutación de la pena de muerte y de las impuestas por los delitos comprendidos en los Capítulos I y II, Título II, Libro II, y Capítulos I, II y III, Título III del mismo Libro del Código Penal últimamente reformado sin oír previamente al Tribunal sentenciador”.

²⁹⁶ Artículo 3 de la Ley 18 de junio de 1.870, por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto: “Lo dispuesto en el artículo anterior no será aplicable a los penados por delitos comprendidos en el capítulo I, secciones primera y segunda del capítulo II, y en los capítulos III, IV y V, todos del título II del libro II del Código Penal”.

por objeto la conmutación de penas por los delitos a que se refiere el artículo 3 de la Ley 18 de junio de 1.870.

C) DECISIÓN:

Una vez devuelto el expediente a la Unidad de División de Tramitación de Derechos de Gracia y otros Derechos, de la Subsecretaría de Justicia, y tras su estudio, se emitirá propuesta de resolución, debidamente motivada, que será elevada al Consejo de Ministros.

Sin perjuicio de que la Orden del Ministerio de Justicia de 10 de septiembre de 1993, en su Preámbulo dispone que “la especial naturaleza del acto jurídico por el que el Rey ejerce el derecho de gracia conferido por el artículo 62.i) de la Constitución, excluye la aplicación directa a la tramitación de las solicitudes y propuestas de concesión de indulto del régimen de obligatoriedad de términos y plazos dispuesto para el dictado de resoluciones en el procedimiento administrativo común. Este peculiar régimen jurídico establecido por la Ley 18 de junio de 1870 y posteriores disposiciones de reforma y desarrollo, no obsta a la conveniencia de que se apliquen a algunas fases de tramitación de los expedientes preparatorios del ejercicio del derecho de gracia similares principios a los que conforman el procedimiento administrativo común”, entendemos, no constituye la especialidad aducida argumento suficiente que impida la aplicación subsidiaria, en toda su extensión, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

Dicha aplicación subsidiaria, en toda su extensión, deriva de la incuestionable naturaleza administrativa del procedimiento de indulto, que ha de ser conceptuado, por sus indudables singularidades, como procedimiento administrativo especial.

Por su parte ni la Ley de 18 de junio de 1.870, por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, ni su posterior reforma, hacían alusión alguna al plazo en que ha de resolverse el procedimiento; habrá de ser el Real Decreto 1879/1994, de 16 de septiembre, por el que se aprueban determinadas normas procedimentales en materia de Justicia e Interior, el que en su artículo 6, apartado 1, vino a disponer que “los procedimientos a los que dé lugar el ejercicio del derecho de gracia habrán de ser resueltos en el plazo máximo de un año, pudiendo entenderse desestimadas las solicitudes cuando no haya recaído resolución expresa en el indicado plazo”. Es por ello que a partir de la entrada en vigor del Real Decreto 1879/1994, de 16 de septiembre, quedaba fijado en un año el plazo máximo para dictar la susodicha resolución.

Si bien es con la promulgación de la Ley 4/1999, de 13 de enero, con la que se produce, a mi juicio, una quiebra del sistema establecido relativo al plazo máximo de resolución de los procedimientos de indulto, en cuanto que el apartado segundo del artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, vendría a exigir que “el plazo máximo en que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento. Este plazo no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea”; previéndose, al tiempo en la Disposición Transitoria Primera, apartado segundo de la Ley 4/1999, de 13 de enero, que “en todo caso, cuando las citadas normas hayan establecido un plazo de duración del procedimiento superior a los seis meses, se entenderá que el plazo máximo para resolver y notificar la resolución será precisamente de seis meses, con las excepciones previstas en el apartado segundo del artículo 42”. Destáquese, por su parte que el Legislador en la Disposición Adicional Primera, apartado primero, consagra expresamente que “en ningún caso, las especialidades de los distintos procedimientos podrán suponer una disminución o limitación de las garantías consagradas en esta Ley”. Establecimiento de un plazo máximo para dictar resolución expresa en todos los procedimientos administrativos que obedece al principio enunciado en la propia Exposición de Motivos, por el cual “un procedimiento administrativo que

no sea ágil y breve es difícil que pueda ser una institución al verdadero servicio a los ciudadanos”.

Pues bien, nos detenemos en este punto expositivo en orden a significar las siguientes valoraciones: así entendemos, por una parte, una institución, la gracia que, a través de una norma con rango reglamentario, el Real Decreto 1879/1994, de 16 de septiembre, por el que se aprueban determinadas normas procedimentales en materia de Justicia e Interior, fija en un año el plazo máximo para resolver los procedimientos derivados del derecho de gracia; posteriormente, una norma de superior rango, la Ley 4/1999, de 13 de enero, que fija en seis meses el plazo máximo para resolver todos los procedimientos administrativos, y por tanto también el de indulto, sin más excepción que “una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea”. De modo que nos encontramos, tras la entrada en vigor de la Ley 4/1999, de 13 de enero, con que el mandato contenido en el artículo 6 del Real Decreto 1879/1994, de 16 de diciembre, por el que se fija en un año el plazo máximo para dictar las referidas resoluciones está destinado a su invalidez, dado su carácter de norma reglamentaria y la contradicción expresa de su mandato con el contenido en la norma de superior rango, concretamente con el apartado segundo del artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

Asimismo el Legislador, en un intento de adaptar diferentes disposiciones al mandato contenido en el apartado segundo del artículo 42, antes mencionado, aprueba la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, que en su Disposición Adicional Vigésimo Novena, con la rúbrica “Régimen jurídico aplicable a la resolución administrativa en determinadas materias”, apartado primero, remite a su Anexo I, significando que los procedimientos administrativos citados en el mismo habrán de resolverse y notificarse en los plazos que quedan indicados, sin que el procedimiento administrativo de indulto encuentre en él reflejo.

Por todo lo expuesto, y en conclusión, es dable significar que las resoluciones derivadas del procedimiento administrativo de indulto, han de dictarse y notificarse en el plazo máximo de seis meses, por lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 42 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y la Disposición Transitoria Primera, apartado segundo, de la Ley 4/1999, de 13 de enero.

Ha de plantearse la posibilidad de que la resolución derivada del derecho de gracia adopte la forma de acto presunto, así como las consecuencias que del mismo han de generarse, es decir merece ser tratado sí transcurrido el plazo máximo para dictar resolución por el Gobierno, que en virtud de las argumentaciones anteriormente esgrimidas habría de ser considerado de seis meses, habría de entenderse resuelto el procedimiento por un acto administrativo presunto, así como el carácter estimatorio o desestimatorio de la solicitud que habría de atribuírsele al correspondiente silencio administrativo. Desde nuestra consideración no valoramos ninguna objeción a la posibilidad del acto presunto así como a la de sus efectos en el seno del procedimiento de indulto, pero para ello es menester adentrarnos en la complejidad de su examen. El Real Decreto 1.879/1994, de 16 de septiembre, por el que se aprueban determinadas normas procedimentales en materia de Justicia e Interior, vino a reconocer expresamente la oportunidad del acto presunto, como acto susceptible de poner fin al procedimiento de indulto, consagrando su artículo 6 los efectos desestimatorios que el silencio administrativo ha de producir sobre la susodicha solicitud.

Posteriormente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, tras la entrada en vigor de la Ley 4/1999, de 13 de enero, que la modifica, viene a prever los efectos del silencio administrativo positivo derivado de los actos presuntos como la regla general y para los supuestos de procedimientos iniciados a solicitud del interesado, con fundamento en que esta situación de falta de respuesta de la Administración –siempre indeseable– nunca puede causar perjuicios innecesarios al ciudadano, sino que,

equilibrando los intereses en presencia, normalmente debe hacer valer el interés de quien ha cumplido correctamente con las obligaciones legalmente impuestas; en este sentido, por su parte, el artículo 43, relativo al silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado, en su apartado segundo establece que “los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario”, y el artículo 44, relativo a la falta de resolución expresa en procedimientos iniciados de oficio, viene a establecer en su apartado primero que “en el caso de procedimientos de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, los interesados que hubieren comparecido podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo”. Cabe destacar, asimismo, a este respecto la obligación conferida por el Legislador al Gobierno, en la Disposición Adicional Primera, apartado segundo, de la Ley 4/1999, de 13 de enero²⁹⁷, en orden a adaptará, en el plazo de dos años, las normas reguladoras de los procedimientos al sentido del silencio administrativo establecido en la presente Ley.

De modo tal que, tras la entrada en vigor de la Ley 4/1999, de 13 de enero, el régimen del efecto desestimatorio del silencio administrativo derivado del acto presunto que pone fin al procedimiento de indulto, consagrado en el artículo 6 del Real Decreto 1879/1994, de 16 de septiembre, y siempre en relación a los procedimiento iniciados a solicitud del interesado, vendría destinado a su invalidez por cuenta de la contradicción expresa de su mandato, contenido en una norma reglamentaria, con lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en su modificación dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero. Efectos del silencio administrativo previstos en el Real Decreto 1879/1994, de 16 de diciembre, que

²⁹⁷ Disposición Adicional Primera, apartado segundo, de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: “Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, el Gobierno adaptará, en el plazo de dos años, las normas reguladoras de los procedimientos al sentido del silencio administrativo establecido en la presente Ley”.

no se verían definitivamente invalidados habida cuenta la aprobación de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, administrativas y del orden social, por la cual en su Disposición Adicional Vigésimo Novena, apartado segundo, se vino a disponer que “en cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 2 de la disposición adicional primera de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, los procedimientos que se relacionan en el anexo 2 a esta disposición se entenderán incluidos en la excepción prevista en el apartado 2 del artículo 43 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”. Anexo 2 en el que figura el procedimiento relativo al ejercicio del derecho de gracia. Es decir, que una norma con rango de Ley (la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, administrativas y del orden social), tal y como exige para excepcionar los efectos del silencio positivo el apartado segundo del artículo 43 de la Ley 30/1992, modificada por la Ley 4/1999, absorbió a través de su Disposición Adicional Vigésimo Novena, apartado segundo, el mandato contenido en el artículo 6 del Real Decreto 1879/1994, de 16 de diciembre, en lo relativo a los efectos desestimatorios del silencio administrativo derivado del acto presunto por el que se pone fin al procedimiento de indulto; en contraposición a lo predicable para el plazo máximo para dictar resolución en el procedimiento de indulto, en cuanto que el mandato contenido en la norma reglamentaria que lo fijaba en un año, el artículo 6 del Real Decreto 1879/1994, de 16 de diciembre, no fue absorbido por una norma con rango de Ley, pasando en este sentido inadvertido lo dispuesto en el apartado primero de la Disposición Adicional Vigésimo Novena de la Ley 14/2000, dado que en su anexo 1 no figura el procedimiento relativo al ejercicio del derecho de gracia.

Así pues, y en conclusión, cabe advertir que en los procedimientos de indulto de no recaer resolución expresa en el plazo de seis meses habrá de entenderse en todo caso desestimada su solicitud, en virtud de lo dispuesto en el apartado segundo de la Disposición Adicional Vigésimo Novena de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, administrativas y del orden social.

A este respecto merece la atención destacar la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2.005 que trae causa en el recurso contencioso administrativo instado contra el Acuerdo del Consejo de Ministros que desestimaba el recurso potestativo de reposición interpuesto contra la resolución del propio Consejo de Ministros que había denegado la solicitud de indulto presentada por el recurrente, basando su pretensión en la tesis de concesión del indulto por silencio administrativo positivo. La Sala en consecuencia declara no haber lugar al recurso planteado habida cuenta el efecto desestimatorio del silencio administrativo en el supuesto de la solicitud del derecho de gracia.

En otro orden de cosas y en cuanto a la posibilidad de extender el tiempo de tramitación del procedimiento derivado del derecho de gracia, el artículo Primero de la Orden del Ministerio de Justicia de 10 de septiembre de 1.993 dispone que: “cuando, a criterio de la Subsecretaria de Justicia, la propuesta de un indulto requiera ampliar el tiempo de su tramitación, se podrá prolongar ésta durante el plazo de seis meses a partir de la recepción de los informes preceptivos”.

Precepto del que, prudentemente significamos su invalidez en cuanto contradice expresamente el mandato legal contenido en el artículo 42.2 de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, el cual fija en seis meses el plazo máximo para resolver todo procedimiento administrativo, que sólo podrá superarse cuando una norma con rango de Ley así lo establezca o así venga previsto en la normativa comunitaria europea, supuestos que no concurren en el caso que nos ocupa, en cuanto que una norma con rango no de ley sino reglamentario (Orden Ministerial), faculta para sobrepasar cuantitativamente el límite máximo para resolver fijado legalmente. Precepto que por lo antedicho, entendemos atenta directamente contra el principio de jerarquía normativa consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución Española, interesando, asimismo, su destino a la solución del artículo 1.2 del Código Civil por el cual:

“carecerán de validez las disposiciones que contradigan otras de rango superior”.

El procedimiento administrativo común, regulado por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, con las modificaciones introducidas por la Ley 4/1999, de 13 de enero, constituye la manifestación expresa y la traducción práctica de la aplicación homogénea de las reglas que han de regir el procedimiento administrativo, fijando las garantías mínimas de los ciudadanos respecto de la actividad administrativa.

Sin perjuicio de todo ello, entendemos que el procedimiento de indulto, como todo procedimiento administrativo, es susceptible de superar de hecho el tiempo máximo para dictar resolución, pero siempre por la vía de la suspensión del procedimiento, de concurrir los supuestos previstos en el apartado 5 del artículo 42 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y no por la vía del artículo Primero de la Orden del Ministerio de Justicia de 10 de septiembre de 1.993.

Al margen de nuestra consideración acerca de la dudosa validez de la posibilidad de prolongación del plazo máximo de seis meses para dictar resolución en el procedimiento de indulto, establecida por el artículo Primero de la Orden del Ministerio de Justicia de 10 de septiembre de 1.993, su artículo Segundo dispone que de la decisión de prórroga “se dará traslado al Tribunal sentenciador, al solicitante o proponente del indulto si no fuera aquel y al Director del establecimiento en que se halle cumpliendo condena el penado o, en otro caso, al Gobernador civil de su residencia, a efectos de que, si lo consideran oportuno, puedan comunicar a la Subsecretaría de Justicia la producción, en su caso, de circunstancias sobrevenidas que pudieran afectar a la determinación, conocimiento y comprobación de los datos requeridos para la concesión del indulto”.

Advierte LLORCA ORTEGA²⁹⁸ en relación a la Orden Ministerial de 10 de septiembre de 1.993 la dificultad de conocer el verdadero propósito del órgano de la que emana, así “pues, aparte la desconfianza que, respecto de los dictámenes e informes, se deduce de sus palabras, no arbitra un medio seguro de subsanación, contraste o ampliación del expediente, pues, al margen de otro tipo de consideraciones, deja a la voluntad de las autoridades, funcionarios y solicitantes (“si lo consideran oportuno”) la aportación de nuevos datos. Basta conocer, aun someramente el funcionamiento, en la práctica de las administraciones para no albergar demasiadas esperanzas respecto de la eficacia y utilidad de la nueva normativa, que, me temo, no servirá sino para legalizar la prolongación, sin aportación de nuevos elementos de juicio en la mayoría de los casos. Esto, siendo grave, aun lo es más si se conecta con la cuestión del efecto suspensivo que la solicitud de indulto ha de producir, en algunos casos, en la ejecución de la pena, con lo cual puede generarse una demora muy considerable en las ejecutorias²⁹⁹”.

Retomando el orden expositivo, una vez formulada la propuesta de resolución por la Subsecretaría de Justicia, ésta será elevada al Consejo de Ministros, que tras la oportuna deliberación, caso de acceder a la concesión, lo expresará así en el Real Decreto, que se insertará en el Boletín Oficial del Estado.

El tenor literal del artículo 30 de la Ley por la que se establecen las reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, por el cual “la concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en Real Decreto que se insertará en el Boletín Oficial del Estado”, elude la forma que adoptar la posible decisión denegatoria de la gracia, en cuanto se refiere únicamente a los supuestos de concesión; si bien entendemos, dada la obligatoriedad de dictar resolución en todos los procedimientos, en virtud de lo establecido en el artículo 42.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento

²⁹⁸ LLORCA ORTEGA, J., op. cit., p. 149.

²⁹⁹ La Real Orden de 24 de diciembre de 1.914, expresamente derogada por el artículo Cuarto de la Orden del Ministerio de Justicia de 10 de septiembre de 1.993, establecía la prohibición de tramita una nueva solicitud de indulto en el año siguiente a la denegación de la gracia.

Administrativo Común, y dado que es el Real Decreto la forma que la Ley por la que se establecen las reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, ha señalado para adoptar los actos de concesión, que habría de ser mediante esta forma con la que se habrían de revestir los actos denegatorios de indulto.

I.- ESPECIAL TRATAMIENTO DEL REAL DECRETO DE INDULTO:

Es el Real Decreto la forma que han de adoptar las resoluciones del Consejo de Ministros en virtud de lo dispuesto en el artículo 25.c) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. El Consejo de Ministros, una vez atendidos los hechos y circunstancias, y ponderadas las razones de justicia, equidad o conveniencia social adoptará la oportuna decisión.

El Real Decreto de concesión de Indulto habrá de hacer mención expresa de la pena que se remite, so pena de nulidad, no así de las penas accesorias que, salvo las de inhabilitación para cargos públicos y derechos políticos y sujeción a la vigilancia de la autoridad, de ser omitidas se entenderán indultadas junto con la principal³⁰⁰; proscribiéndose pues los indultos genéricos que no determinan la pena objeto de remisión³⁰¹, disponiendo al respecto el artículo 5 de la Ley de 18 de junio de 1.870 que “será nula y no producirá efecto ni deberá ejecutarse por el Tribunal a quien corresponda la concesión del indulto en que no se hiciere mención expresa a lo menos de la pena principal sobre que recaiga la gracia”. Asimismo el Real Decreto de concesión habrá de hacer mención expresa a la indemnización civil, caso de extenderse a ella el beneficio.

³⁰⁰ Artículo 6 de la Ley de 18 de junio de 1.870: “El indulto de la pena principal llevará consigo el de las accesorias que con ella se hubiesen impuesto al penado, a excepción de las de inhabilitación para cargos públicos y derechos políticos y sujeción a la vigilancia de la autoridad, las cuales no se tendrán por comprendidas si de ellas no se hubiese hecho mención especial en la concesión. Tampoco se comprenderá nunca en ésta la indemnización civil”.

³⁰¹ MONTERO RIOS, E., manifestaba al respecto en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de 18 de junio de 1.870 que “los indultos de este modo concedidos, llevarán en sí mismos la prueba más incontrovertible de la ligereza o de la irreflexión con que han sido otorgados”.

Dispone el artículo 30 de la Ley por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto que “la concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en Real Decreto, que se insertará en el Boletín Oficial del Estado³⁰²”; precepto que, como ya advertimos, no está exento de confusión y controversia. Su tenor literal está significativamente connotado por la reforma operada sobre el citado artículo por la Ley 1/1988, de 14 de enero. Así, la redacción originaria del artículo 30³⁰³, prescribía, por una parte, el Decreto como la forma que habrían de revestir las concesiones de indulto adoptadas por el Consejo de Ministros, y, por otra que dicho Decreto habría de estar motivado. Con una fundamentación un tanto ambigua, se procedió a sustituir la expresión “Decreto motivado” por la de “Real Decreto”, terminando, así con casi ciento veinte años de decretos motivados. El mandato contenido en el artículo 30 de la Ley por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, suscita, desde nuestra consideración, dos grandes cuestiones, susceptibles de ser abordadas, así:

a) La forma que han de adoptar las denegaciones de la gracia:

Si nos servimos como fundamentación de la expresión utilizada por el susodicho precepto (“la concesión de los indultos...”) y por la dilatada experiencia, habremos de asentir que las denegaciones de los indultos no adoptarán forma alguna, resultando del todo incognoscibles e inalcanzables las razones que propiciaron tal decisión y, con mayor trascendencia, eximiendo la decisión y sus fundamentos de cualquier forma de control. De forma tal que si el acto de concesión de la gracia está indeseablemente denotado por

³⁰² Insertación en el Boletín oficial del Estado de la que LLORCA ORTEGA, J., apunta al respecto que “Los Gobiernos que se inspiran en el cumplimiento de sus deberes, no temen la publicidad y el juicio de la opinión. Por ello el Real Decreto ha de insertarse en el B.O.E. De este modo el legislador ha querido consagrar el saludable rigor de tener que explicar a la sociedad la razón por la cual el Gobierno se ha visto obligado a poner sus manos sobre un acto del Poder Judicial. Si aquella es de suficiente entidad, con seguridad que no habrá quebranto en la Justicia, menoscabo de la cosa pública ni escándalo en el pueblo”, op. cit., p. 150.

³⁰³ “La concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en decreto motivado y acordado en Consejo de Ministros, que se insertará en la Gaceta”.

elementos arbitrarios, mucho más lo está aún la decisión desestimatoria que burdamente escapa de los más elementales mecanismos de control.

Sin perjuicio de la praxis tradicionalmente avalada, no podemos obviar la naturaleza indubitadamente administrativa del procedimiento de indulto, así como de los actos que lo integran. La Ley por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto omite cualquier referencia al destino de las denegaciones de los indultos, que incuestionablemente, y al igual que las concesiones de los indultos, ponen fin al procedimiento, al procedimiento administrativo, y que por tanto necesariamente han de tener la consideración de actos administrativos, si se quiere fruto de la potestad discrecional de la Administración. Así pues, una vez constatada la ineludible consideración como acto administrativo de la denegación del indulto, se abriría la discusión acerca de si debiera ser exigible la manifestación de la consiguiente voluntad mediante un acto expreso, un Real Decreto, por la aplicación subsidiaria del mandato contenido en el apartado primero del artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común³⁰⁴, o bien si habría de encontrarse la conciliación mediante la consideración de la denegación como acto administrativo presunto.

Desde mi punto de vista, y comulgando fielmente con la primera de las opciones planteadas, entiendo carente de toda fundamentación el eludir la aplicación subsidiaria de la ley 30/1992, así como el eludir la forma del acto de denegación, su publicidad, y la ausencia de control sobre la decisión y sus razones, degenerando así un régimen del todo dispar al previsto para el acto de concesión.

LEGE FERENDA: En conclusión abogo por una reconciliación normativa alcanzada con la publicación en el Boletín Oficial del Estado de los

³⁰⁴ “La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación”.

actos de denegación de los indultos, con los motivos que fundamentaron tal decisión, y adoptando la forma de Real Decreto.

b) La tácita exigencia de motivación de las resoluciones de indulto:

La Ley 1/1988, de 14 de enero, de modificación de la Ley de 18 de junio de 1.870, por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, suprimió inexplicablemente la expresión “motivado” del contenido del artículo 30, resultando el siguiente tenor literal: “La concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en Real Decreto que se insertará en Boletín Oficial del Estado”.

La cuestión de la motivación del indulto ha sido planteada por parte de la doctrina que se ha ocupado del derecho de gracia. La razón es expuesta en estos términos por ESPINA RAMOS: “La valoración de la actuación del Gobierno en esta materia se ve muy dificultada por el hecho de que, de modo incomprensible, los Decretos de concesión de indulto no están sujetos a motivación alguna, consagrándose así un auténtico ámbito, no ya de discrecionalidad, sino de cuasi arbitrariedad -para algunos inherentes a la misma esencia del derecho de gracia-³⁰⁵”.

Desde nuestro parecer entendemos del todo inoportuno traducir la supresión del término “motivado”, por la Ley 1/1988, de 14 de enero, como la habilitación al Consejo de Ministros para poder desvincularse de la necesidad de explicar las razones que fundamentaron la concesión o denegación de la gracia, no entendemos, por ende, que el Gobierno tras la referida reforma haya quedado exonerado de “motivar” los Reales Decretos de concesión (o

³⁰⁵ ESPINA RAMOS, J.A., en Indulto parcial y suspensión judicial de la pena resultante, Noticias jurídicas Aranzadi, núm. 105, 5 de abril de 2.001, pág. 2.

denegación³⁰⁶) de la gracia, posición que mantenemos en base a las siguientes argumentaciones:

1ª.) La voluntad del legislador:

La voluntad del legislador de 1.988, no abarca el propósito de eximir al Gobierno del deber de motivar los Reales Decretos dictados a raíz de los procedimientos de indultos³⁰⁷, en cuanto que la modificación del artículo 30 de la Ley por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, operada por la Ley 1/1.988, de 14 de enero, tiene origen en una enmienda, posteriormente aceptada, presentada por el Grupo Socialista al referido artículo en la que se pretendía “sustituir los términos “Gaceta” por “Boletín Oficial del Estado”, y “Decreto motivado acordado en Consejo de Ministros” por “Real

³⁰⁶ Extendemos las argumentaciones relativas a la necesidad de motivación de la gracia a los supuestos de denegación de la misma, que por las razones aducidas en el epígrafe precedente, apuntamos la oportunidad de que fueran revestidas mediante la forma de Real Decreto.

³⁰⁷ Durante la Sesión Plenaria nº 54 del Congreso de los Diputados, en la cual se toma en consideración la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario CDS, sobre modificación de la ley de 18 de junio sobre normas para ejercicio del derecho de gracia, los representantes de las diferentes agrupaciones políticas, de una forma prácticamente unánime, consideran la Proposición de ley como un instrumento por el cual se alcanzará un mayor perfeccionamiento de la institución jurídica de la gracia y una mayor adaptación a los cambios sociales, modificación legislativa que redundará a favor tanto del penado como del servicio público de la justicia y de la justicia misma, dadas las garantías de acierto y oportunidad que se contienen en la propuesta; propuesta que básicamente se limitaba a prescribir la tramitación preferente de aquellos supuestos en que concurrieran determinadas circunstancias, tales como, “acuerdo del tribunal, informes favorables del Ministerio Fiscal y del establecimiento penitenciario donde se cumpla la condena, así como la conformidad del penado por el delito”, sin que en momento alguno de la tramitación parlamentaria de la citada proposición se hiciera mención expresa a la voluntad del legislador de proscribir, con la reforma, la motivación de los Reales Decretos. En este sentido y en línea con lo expuesto anteriormente y manifestando el sentir general de las diferentes Agrupaciones, MARDONES SEVILLA, apunta que “la proposición de ley, de aprobarse, vendría a agilizar con plenas garantías la resolución de los numerosos expedientes de indulto que afectan a una población reclusa tan elevada como la española en estos momentos y que hacen necesaria una adecuación flexible en su tramitación”. Por su parte, BRAVO DE LAGUNA BERMUDEZ, señala que “la proposición de ley debatida no altera la naturaleza jurídica del indulto ni afecta a su condición o denegación, por lo que la decisión sobre la preferencia o no de tal tratamiento especial a determinados expedientes es una decisión exclusivamente política”. Asimismo, JOVER I PRESA, advierte que “la proposición presentada no viene a resolver realmente ningún problema concreto, y de ahí que no responda a ninguna necesidad real. Propone una tramitación preferente para los expedientes en que concurren determinadas circunstancias, que es justamente lo que ya se viene haciendo en la práctica por el Ministerio de Justicia. En consecuencia, lo único que se conseguiría con la aprobación de esta iniciativa sería dar rango legal a algo que ya se viene aplicando”, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados nº 56, 1.987.

Decreto”, sirviendo como fundamento a la misma, razones de “adaptación de terminología”, sin que pudieran percibirse al respecto alegaciones basadas en una intención de modificar la propia sustancia del precepto.

En este orden de cosas y en el esplendor de un Estado Democrático de Derecho, donde la gracia, institución de origen absolutista, ha necesariamente de adaptarse a los principios y directrices constitucionales, donde únicamente razones de justicia la pueden avalar, donde las quiebras y fisuras del sistema que su ejercicio involuntariamente genera han de estar excepcionalmente justificadas, no es dable concebir que la institución involucre inexplicable e irracionalmente hacía los senderos de lo caprichoso y arbitrario que indeseablemente le acechan. La gracia que ha de reglar los elementos que la inspiran, sirviéndose en su defecto de lo discrecional controlado, no debiera, ni existe razón que lo fundamente, continuar soportando el lastre de lo arbitrario, en pro de su existencia.

2ª.) La aplicación subsidiaria del artículo 54.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común:

El acto que pone fin al procedimiento administrativo especial de indulto, es un acto administrativo dictado por el Gobierno en el ejercicio de la potestad discrecional, y como tal, y ante una omisión de la Ley especial que lo regula, sin perjuicio de lo explicitado en el apartado anterior, ha de serle inexorablemente de aplicación lo dispuesto en el artículo 54.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, modificada por la Ley 4/1999, de 14 de enero, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por el cual “serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: (los actos) que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa”.

Es dable destacar al respecto la doctrina reiterada del Tribunal Supremo, recogida, entre otras, en la Sentencia de 24 de febrero de 1.999, por la cual “el margen de libertad que la discrecionalidad otorga a la Administración lo sigue teniendo aunque se le imponga la obligación de expresar los motivos de su actuación, deber lógico para que pueda distinguirse entre lo discrecional lícito y lo arbitrario e injusto; en la discrecionalidad los motivos lícitos no son controlables, pero han de ser conocidos, justamente para que pueda examinarse si una resolución es fruto de la discrecionalidad razonable.”

Por su parte LLORCA ORTEGA, señala que “el Poder Ejecutivo continua obligado a exponer las razones que le asisten para graciarse (y, en consecuencia, modificar las resoluciones del Poder Judicial), en virtud de otros preceptos. Así, concretamente, el Gobierno ha de motivar, aunque con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, los actos que dicte “en el ejercicio de potestades discrecionales”³⁰⁸ (art. 54.1.f), Ley 30/1992, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), por lo que, en conclusión, todo Real decreto de Indulto ha de expresar, aunque sea sucintamente, los motivos que han movido al Consejo de Ministros a proponer a SS.MM. la concesión de la gracia”³⁰⁹.

Asimismo, y para el supuesto específico de que el Consejo de Ministros se apartare de los informes emitidos por el Tribunal sentenciador, el Ministerio Fiscal y la autoridad penitenciaria o gubernativa (dependiendo de si el penado está o no en prisión), la necesidad de la motivación de los actos que pongan fin al procedimiento vendría avalada por sí sola por la aplicación del apartado c) del artículo 54.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el cual dispone: “serán

³⁰⁸ En este mismo sentido, CARRILLO DONAIRE, J.A. y GUICHOT, E., Alcance, límites y control de la prerrogativa de gracia (consideraciones en torno al indulto de Gómez de Liaño), Revista Andaluza de Administración Pública 42/2001, IAAP, pp. 226 y ss.

³⁰⁹ LLORCA ORTEGA, J., op. cit., p. 150.

motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: (los actos) que se separen del criterio establecido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos”. Entendiendo, como es obvio, que los informes del Tribunal Sentenciador y del Ministerio Fiscal no se dictan en ejercicio de una función sino materialmente consultiva.

3ª.) La aplicación supletoria de la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición:

Cuestión no exenta de controversia es la consideración de la solicitud de indulto como extensión del derecho de petición reconocido y garantizado por el artículo 29 de la Constitución Española; es decir, si la solicitud de indulto es el ejercicio del derecho de petición entendido como la posibilidad de dirigir peticiones a los poderes públicos sobre materias de su competencia, cuando los peticionarios no son titulares de derechos subjetivos o de intereses legítimos específicamente protegidos y susceptibles, por tanto, de ser canalizados por los cauces administrativos o procesales establecidos³¹⁰.

La discusión es cualitativamente trascendente en orden a determinar sí en todo lo no regulado por la Ley de 18 de junio de 1.870, por la que se establecen reglas para el ejercicio de la gracia de indulto, es susceptible de serle de aplicación a tal instituto, con carácter supletorio, el régimen regulador del derecho de petición, y entre otros el deber de motivar los actos que pongan fin al procedimiento.

Así, clasificada, por la mayoría de la doctrina, la prerrogativa de gracia como una de las manifestaciones del derecho fundamental de petición³¹¹,

³¹⁰ En este sentido, COLOM PASTOR, B., en *El derecho de petición*, Marcial Pons, Madrid, 1.997, p. 39.

³¹¹ Así, por ejemplo, GARRIDO FALLA, F., “Artículo 29”, en *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1.985, p. 593; y ÁLVAREZ CARREÑO, S., en *El derecho de petición (estudio de los sistemas español, italiano, alemán, comunitario y estadounidense)*, Comares, Granada, 1.999, p. 556.

habrán de ser considerados en cuanto al procedimiento de ejercicio y aplicación de la gracia, junto a los aspectos reglados que contiene la Ley de 18 de junio de 1.870, los “elementos reglados” que disciplinan la potestad de resolver cuando se ejercita el derecho de petición al que se refiere el art. 29 de la CE. Así, los aspectos reglados de competencia y procedimiento del derecho de petición no contemplados especialmente en la Ley de indulto serían aplicables a las solicitudes de gracia, por cuanto la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición ha de entenderse supletoria respecto de cualquier otra en la que se regulen peticiones.

Aplicación supletoria que si bien, por su parte, no cuenta con una previsión normativa expresa en la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición, a diferencia de la Ley 92/1960, de 22 de diciembre, derogada por aquella y en la que se preceptuaba tal carácter en su Disposición Final 1^a³¹², entiendo a mi juicio ha de seguir entendiéndose vigente la aplicación supletoria del régimen establecido en la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, por cuanto la derogación de tal carácter no encuentra cobijo entre los presupuestos que propiciaron la reforma, así como por la voluntad del legislador que en su exposición de motivos se manifiesta como sigue: “su carácter supletorio respecto a los procedimientos formales específicos de carácter parlamentario, judicial o administrativo obliga a delimitar su ámbito a lo estrictamente discrecional o graciable, a todo aquello que no deba ser objeto de un procedimiento especialmente regulado”.

Visto lo anterior, podríamos concluir que los actos de concesión (o denegación) de indulto habrían de ser motivados por cuanto le es de aplicación al instituto, con carácter supletorio, el régimen regulador del derecho de petición, contenido en la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de diciembre, concretamente por el mandato contenido en el apartado 3 del artículo 11, todo ello, sin perjuicio, naturalmente, de que la motivación en los susodichos actos venga exigida, al mismo tiempo, por otras fuentes con un carácter obligacional,

³¹² Disposición Final Primera de la Ley 92/1960, de 22 de diciembre, reguladora del Derecho de Petición: “Esta Ley tiene carácter supletorio respecto de cualquier otra en la que se regulen peticiones”.

quizá, más directo y preferente, como quedó expuesto en los epígrafes precedentes.

4ª.) El deber de motivación por vía de la extensión del artículo 14 de la Constitución Española:

Entiendo que dada la peligrosidad de que la facultad discrecional de otorgar la gracia atribuida al Ejecutivo, sobrepase los límites de la discrecionalidad convirtiéndose en arbitraria y descontrolada y dada la efectividad del derecho fundamental a la igualdad ante la ley reconocido y garantizado en el artículo 14 CE que ha de desplegar sus efectos ante la denegación de una solicitud de gracia con unos presupuestos similares si no idénticos a otra solicitud con resultado favorable a su concesión, es no sólo conveniente sino habría de ser exigible la motivación en los Reales Decretos no sólo estimatorios sino desestimatorios de la solicitud de gracia³¹³. Pues así las cosas, ¿qué ocurriría si en relación a un supuesto en el que se ha denegado la gracia, existen precedentes sustancialmente similares en los que se ha concedido? Parece claro que estaríamos ante una evidente quiebra del principio de igualdad en la aplicación de la ley³¹⁴.

Huelga decir que la igualdad en la aplicación de la ley que la Constitución garantiza y protege y dentro de la que ha de discurrir las facultades discrecionales del Gobierno, no se extiende a la igualdad ante la ilegalidad, es decir no avala la pretensión de quien, hallándose en una

³¹³ En este sentido DUBOIS. A ya apuntaba en el primer tercio del siglo XX, que la gracia constituía “un atentado al principio republicano de igualdad ante la ley”, en Los abusos de la gracia, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, t. 145, 1924, p.311.

³¹⁴ Si bien apunta AGUADO RENEDO, que en el caso de la concesión de la gracia por primera vez respecto de un determinado supuesto, donde no hay pues tertium comparationis, el principio de interdicción de la arbitrariedad aparece como el único parámetro de control posible, de manera que cobra todo su sentido como principio con entidad propia; no se nos ocurre otro supuesto, en el que se vea con tanta claridad la posibilidad/necesidad de aplicación autónoma de tal enunciado constitucional, en Problemas Constitucionales del Ejercicio de la Potestad de Gracia, op. cit., p. 234.

determinada situación desfavorable, no se ve beneficiado por un igual trato en la aplicación de la ley que otro que se encuentra en la misma situación y a quien el aplicador del Derecho no le impone las consecuencias jurídicas que el ordenamiento determina (bien sea por distinta consideración jurídica de los mismos hechos, por distinta concepción del Derecho penal o administrativo sancionador o por mera negligencia o incuria). Este tratamiento beneficioso que ha obtenido el otro (*tertium comparationis*) no puede esgrimirse para solicitar la misma exención de las consecuencias jurídicas desfavorables, como ha reiterado constantemente el Tribunal Constitucional, pues la igualdad sólo cabe pretenderla en el marco de la legalidad³¹⁵.

Visto lo anterior es evidente que las motivaciones esgrimidas para la concesión o denegación de la gracia son vinculantes para el Gobierno de modo tal que acotan la referida facultad discrecional en el ejercicio de la decisión graciosa, sentándose a modo de precedentes que garantizan la no vulneración del derecho a la igualdad reconocido y garantizado en el artículo 14 CE; discrecionalidad acotada por precedentes que sería deseable su sustitución por un sistema de ejercicio de la gracia con mayor tipificación de los elementos reglados, con la plasmación de conocidos criterios de concesión y de denegación de la gracia, desechando así un sistema de facto arbitrario acotado por precedentes pseudo vinculantes salvables con la simple exigencia de una fundamentación suficiente y razonable como requisito para alejarse de los mismos; ¿no sería más ajustado a un sistema como el nuestro, de derecho positivo, que el Gobierno adoptase la decisión graciosa en base a criterios previamente tipificados en la norma que en base a precedentes cuya ausencia de idéntica similitud permite su no vinculatoriedad?

³¹⁵ Es férrea la posición adoptada por el Tribunal Constitucional en este sentido que ha significado reiteradamente que “la opinión contraria conduciría a que quedase impune cualquier conducta ilícita por el hecho de que otros culpables de hechos análogos no hubieran sido sancionados, lo que evidentemente es inadmisibles, pues desde el punto de vista jurídico toda falta debe acarrear la sanción correspondiente, y si esto no ocurre en algunos casos, lo reprochable no es que se sancione a la culpable, sino que no se sancione al que lo es. De aquí el principio sentado por la doctrina de este Tribunal de que la igualdad predicada por el artículo 14 es la igualdad en la Ley y ante la Ley; pero no contra la Ley” (ATC 77/1983, de 23 de febrero, f.1; STC 37/1982, f.3; ATC 788/1984, f.4; STC 39/1989, de 16 de febrero, f.4, etc).

Considera el Tribunal Constitucional que “la regla general de la igualdad ante la ley contenida en el artículo 14 de la Constitución, es asimismo igualdad en la aplicación de la ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable”³¹⁶; y ello es así no sólo en los supuestos evidentes, sino también justamente en aquellos en que las normas conceden facultades discrecionales a los órganos administrativos³¹⁷. De modo que el Gobierno puede denegar el beneficio en un supuesto similar al que en una o varias ocasiones anteriores lo concedió, pero su actuación anterior le fuerza a buscar el argumento preciso, argumento que requiere un orden jurídico avanzado al que repugna el obrar sin razón o motivo, para entender como no arbitraria dicha decisión. Argumento que a mi juicio ha de ser de tal entidad que armonice con el contenido del artículo 14 CE, sin producir su quiebra.

Un sector importante de la doctrina entiende no aplicable al Gobierno lo predicado por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa a la vinculación del precedente, en tanto en cuanto el Gobierno no es un órgano administrativo³¹⁸; si bien, desde mi punto de vista, habría de entenderse el precedente sentado por las motivaciones aducidas para la concesión o

³¹⁶ En este sentido la STC 49/1982, de 14 de julio, f. 2.

³¹⁷ Así, la STC 144/1988, de 12 de julio, f. 1.

³¹⁸ En este sentido, AGUADO RENEDO, C., significa que “ciertamente el Gobierno no es un órgano propiamente administrativo, y por ello no le es aplicable, tal cual, la jurisprudencia constitucional sobre este tipo de órganos: en particular, no le es aplicable la necesidad de ratificación judicial del precedente administrativo, que se hace necesaria para que la Administración se encuentre vinculada por él (STC 62/1987, de 20 de mayo, f. 5) (lo que, dicho sea de paso, en la práctica dificulta bastante a los interesados la alegación del principio de igualdad). La naturaleza de la materia de la que aquí tratamos, el indulto, y -como diremos ahora- el singular valor que parece tener el instrumento normativo (Real Decreto) que lo da forma jurídica, hace muy difícil tal ratificación judicial. Pero incluso entiendo que, en efecto, debe ser objeto de sanción jurisdiccional el precedente en materia de indulto del Gobierno, el sentido del precedente al que ahora nos referimos es un sentido material, consistente en la aplicación del brocardo *patere legem quam ipse fecisti* al Gobierno: en definitiva, el Gobierno debe ser igualmente consciente de que con su comportamiento concediendo la gracia en cada nueva situación que se le presente sienta un referente pro futuro”, en Problemas Constitucionales del Ejercicio de la Potestad de Gracia, op. cit., p. 237.

denegación de la gracia como absolutamente vinculantes par el Gobierno en cuanto actúa como delimitador de los contornos del artículo 14 CE, fuera de los cuales cualquier actuación del Gobierno devendría inevitablemente en arbitraria, vulnerando así el derecho fundamental indicado.

Compartimos la consideración de AGUADO RENEDO³¹⁹, al entender que la idea de que los precedentes de las motivaciones en las que se fundamentan las concesiones o denegaciones de la gracia vinculen al Gobierno restringiendo así la facultad discrecional de éste en el ejercicio de la referida potestad, conlleva una objetivación del ejercicio real de la gracia desde el momento en que los Gobiernos futuros se verían condicionados en su ejercicio por las decisiones de los Gobiernos anteriores que, en mayor o menor medida, respondieron a ideologías políticas diferentes; así este condicionamiento sería una de las más beneficiosas consecuencias de esta concepción de la gracia: en cuanto interferencia que es de la labor encomendada a los jueces y tribunales, aunque constitucionalmente prevista, la gracia debe ser, sin embargo, interpretada en sentido restrictivo, ejercida de manera más bien excepcional y, en fin usada de la manera más objetiva posible. Ha de reiterarse que, naturalmente, la argumentación del indulto, que deberá ser *ad casum*, podrá llevar a denegar la gracia concedida en cambio en anteriores supuestos similares, pero teniendo en cuenta siempre que tal argumentación debe ser suficiente como para convencer en su caso a la instancia controladora a la que pudiera recurrir el solicitante del perdón que creyera vulnerado su derecho a la igualdad en la aplicación del beneficio de la gracia.

En principio y acotándonos a la desdichada realidad imperante, tampoco sería especialmente difícil encontrar un *tertium comparationis* con que poder fundamentar la discriminación efectuada por el Gobierno en el caso de denegación de la gracia, pues si bien en los Reales Decretos de concesión no aparecen generalmente las motivaciones de las mismas, sí aparece, sin

³¹⁹ AGUADO RENEDO, C., en Problemas Constitucionales del Ejercicio de la Potestad de Gracia, op. cit., p. 238.

embargo, la pena que se indulta, el delito de la que trae causa y las condiciones a que se somete el beneficiario, esto es, los datos en principio precisos para identificar el término de comparación que es preciso alegar: ante tal alegación, correspondería la carga de la prueba -por así decir- de que no ha actuado arbitrariamente, al Gobierno que deniega la gracia frente al supuesto sustancialmente idéntico en que se alega que fue concedida³²⁰.

Si bien por lo expuesto, es unánime la consideración doctrinal que aboga por la necesaria motivación de los Reales Decretos de concesión de la gracia, como causa de extinción de la pena o remisión parcial de la misma, como excepción residual al *ius puniendi* del Estado, dada, entre diferentes argumentaciones, la extensión del derecho a la igualdad ante la ley reconocido

³²⁰ Destáquese el Auto del Tribunal Constitucional 360/1990, en el que al recurrente en amparo se le denegó una primera vez el indulto por el Consejo de Ministros, mientras que se le concede en una segunda ocasión, sin que, según parece desprenderse de los antecedentes del Auto mediara ninguna circunstancia nueva respecto de las planteadas como fundamento de la petición; concretamente, el Antecedente 1º del Auto en cuestión expone que “solicitado el indulto por numerosas personas, e instituciones, el propio órgano judicial suspendió el cumplimiento de la condena durante la tramitación del indulto. Informado éste favorablemente por el órgano que había impuesto la condena, sin oposición de los ofendidos y con informe del centro penitenciario en el sentido de que se había obtenido el tratamiento de tercer grado (régimen abierto), el Consejo de Ministro rechazó el indulto..... La demanda resalta que en el tiempo transcurrido desde la realización de los actos delictivos, el actor ha modificado totalmente sus hábitos de vida como demuestra la variedad de personas e instituciones que solicitaron su indulto. Ha conseguido trabajo estable, fundado una familia en la que ha nacido un hijo, etc.” Como consecuencia de la denegación el condenado debe ingresar en prisión. Sin embargo, aproximadamente un año más tarde, ante una nueva solicitud de indulto, sí le es concedido el mismo indulto que previamente se le había denegado (Antecedente 4º). El Fiscal ante el Tribunal Constitucional entiende que el objeto de la demanda de amparo (violación de varios derechos fundamentales: derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, etc.) era incorrecto, pues “..... lo que debería haberse impugnado era el Acuerdo del Consejo de Ministros..... que denegó la petición de indulto posteriormente, no obstante, concedido.....”. Con independencia de lo correcto del Auto de inadmisión en el caso concreto por las particulares circunstancias que lo rodeaban, cabe mostrarlo como un buen ejemplo de lo que puede entenderse por arbitrariedad del Gobierno en el ejercicio de la gracia, de la necesidad de motivar su decisión e, incluso, de la posibilidad de controlar el ejercicio discriminatorio del indulto en relación con supuestos anteriores idénticos o sustancialmente similares al que afectaba al recurrente: no parece que resultase ciertamente difícil encontrar antecedentes, mientras que, en cambio, sí parece difícil motivar, incluso mínimamente, una denegación del perdón apoyada por numerosas personas e instituciones, informada favorablemente por el órgano sentenciador, sin oposición de las partes ofendidas, y con el solicitante ya en régimen abierto..., denegación que al poco se convirtió en concesión sin que se deduzca modificación alguna sobrevinida de las circunstancias respecto de las que inicialmente se denegó: al menos no figuran, desde luego, en el Real Decreto de concesión del indulto, de 27 de julio de 1990, resultando además, que el Ministro de Justicia en ambos casos fue el mismo. La actora, sin embargo, entre los distintos argumentos que esgrimió -todos ellos incorrectos, como demuestra el Tribunal Constitucional- no aludió en ningún momento a la vulneración de la igualdad.

por el artículo 14 de la Constitución Española, garante de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, se alza algún autor que cuestiona la necesidad de motivar los actos desestimatorios de la gracia, en este sentido, se postula AGUADO RENEDO quien entiende que la denegación de la gracia no requiere motivación atendiendo al solicitante, en cuanto que “la denegación de la gracia no supone interferencia en el ejercicio de las funciones de un órgano por otro. Todo lo contrario: supone, por así expresarlo, la “normalidad” en el ámbito funcional estatal..... Como todo lo que resulta normal o va de suyo, no requiere de explicación”³²¹.

5ª.) La motivación de la gracia como presupuesto cualificado del preciado control:

Considero que la motivación, además de impregnar una cualificada seguridad jurídica al procedimiento, se erige en escaparate de una actuación administrativa transparente y en vehículo de expresión de la legalidad de los actos.

El acto que pone fin al procedimiento administrativo especial de indulto, es susceptible de lesionar diversos derechos e intereses legítimos, al mismo tiempo que es susceptible de adolecer, entre otros, del invalidante vicio de nulidad, nulidad cuya posibilidad queda advertida en el artículo 5 de la propia Ley de 18 de junio de 1.870, por la que se establecen reglas para el ejercicio de la gracia de indulto³²², y que sustancialmente ha de entenderse encuadrada en la nulidad de los actos administrativos, derivada de las causas expuestas en el apartado 1 del artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento

³²¹ AGUADO RENEDO, C., en Problemas Constitucionales del Ejercicio de la Potestad de Gracia, op. cit., p. 231.

³²² Artículo 5 de la Ley de 18 de junio de 1.870, por la que se establecen reglas para el ejercicio de la gracia de indulto: “Será nula y no producirá efecto ni deberá ejecutarse por el Tribunal a quien corresponda la concesión del indulto en que no se hiciere mención expresa a lo menos de la pena principal sobre que recaiga la gracia”.

Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero³²³, tales como por lesionar derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, (y entre estos y a título de ejemplo, los derechos reconocidos en los artículos 14 y 29 de la Constitución Española), por tener un contenido imposible, por ser constitutivo de infracción penal, por ser dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, entre otras causas.

Pues bien, la motivación no solamente se constituye en un medio privilegiado para avalar la lícita conformación de los actos administrativos, sino que se erige en la obertura de la necesaria posibilidad del control de legalidad de los mismos, impidiendo así que pudieran quedar inexplicable, ilícita e injustamente convalidados actos decaídos nulos.

La motivación de los actos administrativos es en esencia la privilegiada garantía de su licitud e idoneidad, así como el presupuesto que da oportunidad a la impugnación de los que vulneren derechos e intereses legítimos, de los que son producto de una parca y superada arbitrariedad y de aquellos que no reúnen los requisitos mínimos exigibles para producir los efectos que le han de ser propios.

Control, en definitiva, de los actos de concesión y denegación de la gracia, que remitimos para su estudio y evaluación al capítulo correspondiente.

³²³ Artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero: “Los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio; c) Los que tengan un contenido imposible; d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta; e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados; f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición; g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal”.

II. LA TRAMITACIÓN POR TURNO PREFERENTE:

La previsión de una tramitación por turno preferente de determinados expedientes de indulto constituye el verdadero y originario propósito de la Ley 1/1988, de 14 de enero, por la que se modifica la Ley de 18 de junio de 1.870, por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, así pues la Proposición de Ley presentada a la Mesa del Congreso de los Diputados, por el Grupo Parlamentario CDS, se estructuraba en un artículo único, por el cual “se adiciona a la Ley de ejercicio de la Gracia de Indulto de 18 de junio de 1.870, el siguiente artículo: “Artículo 27 bis: Los expedientes que se formen al amparo del párrafo segundo del artículo 2º del Código Penal, se tramitarán en turno preferente cuando los informes del Ministerio Fiscal, y del Establecimiento Penitenciario y perjudicado, en su caso, no se opusieran a la propuesta del Tribunal”. Artículo 27 bis, que posteriormente y tras la inclusión de la enmienda nº 8 presentada al texto por el Grupo Socialista, será finalmente aprobado como artículo 28 (por la derogación del anterior, dada la supresión con carácter general del requisito de oír al Consejo de Estado a raíz del Decreto de 22 de abril de 1.938), adoptando el siguiente tenor literal: “Los expedientes que se formen al amparo del párrafo segundo del artículo 2º del Código Penal, se tramitarán en turno preferente cuando los informes del Ministerio Fiscal y del Establecimiento Penitenciario y del ofendido, en su caso, no se opusieran a la propuesta del Tribunal. También se tramitarán en turno preferente los expedientes calificados de especial urgencia o importancia”.

El establecimiento de un turno de tramitación preferente en determinados casos, como única voluntad originaria del legislador de la citada reforma, quedaba patente en su Exposición de Motivos, significándose de la siguiente forma: “el constante aumento de sentencias condenatorias, en correspondencia con el crecimiento de la población y la aparición de nuevas formas de delincuencia, ha producido un incremento muy notable de las solicitudes de gracia, más aún por la prohibición constitucional de los indultos

generales y el uso cada vez más frecuente que hacen los Tribunales del párrafo segundo del artículo 2º del Código Penal. Pero la obligatoriedad de tramitar todas las peticiones de indultos, y la general legitimación para deducir la solicitud, tienen el resultado de retrasos en la tramitación de aquellos expedientes iniciados por los Tribunales sentenciadores al entender que la acción enjuiciada resulta penada en exceso al aplicar la Ley con el rigor exigible. Estos casos son dignos de un tratamiento preferente que no contempla la Ley vigente, por los que se propone su modificación”³²⁴.

Se hace necesario advertir que la remisión realizada al párrafo 2º del artículo 2 del Código Penal, por el artículo 28 de la Ley por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, estaba referida al Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, es por ello que tras la promulgación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, ha de entenderse efectuada al párrafo 3º del artículo 4 de ésta, que absorbe, con matices, el contenido de su precedente.

Es dable resaltar que entre las modificaciones que incorpora el párrafo 3º del artículo 4 del Código Penal de 1995 en relación con su precedente el párrafo 2º del artículo 2 del Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre³²⁵, resultan por una parte la mención expresa a la posibilidad de solicitud de indulto, (si bien antes quedaba entendida tácitamente), así como la sustitución del supuesto de solicitud de indulto atendido “el grado de malicia” del delincuente por una causa de solicitud atendida “las circunstancias personales del reo”, quedando finalmente redactado el precepto como sigue:

³²⁴ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie B, 14 de enero de 1.987, núm. 44-1.

³²⁵ Párrafo 2º del artículo 2 del Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre: “Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resultare penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o la pena fuere notablemente excesiva, atendidos el grado de malicia o el daño causado por el delito”.

“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 reo”.

Así y entrando en el examen del artículo 28 de la Ley por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, se distinguen dos supuestos de tramitación por turno preferente de los expedientes de indulto:

A) Los expedientes de indulto que se formen al amparo del párrafo 3º del artículo 4 del Código Penal, cuando los informes del Ministerio Fiscal y del Establecimiento Penitenciario y del ofendido, en su caso, no se opusieran a la propuesta del Tribunal:

Es decir serán tramitados preferentemente, por ministerio de la Ley, los indultos de iniciativa judicial, siempre que no se opongan a la propuesta en sus informes el Ministerio Fiscal y el Establecimiento Penitenciario y el ofendido, en su caso.

Es controvertido el grado de coincidencia o de no oposición que ha de ser exigible a los referidos informes en relación con la propuesta del órgano judicial. Parece ser la opinión doctrinal dominante, y a la que este autor se adhiere, que la no oposición exigida ha de circunscribirse únicamente a la oportunidad de tramitar la gracia; en este sentido, LLORCA ORTEGA entiende que “la coincidencia exigida por la L.I. consiste en que medie un criterio unánime favorable a la concesión de la gracia, siendo intrascendente, a estos efectos, las discrepancias en orden a la clase de indulto, modalidad o extensión de la gracia. Hay que tener presente que únicamente el informe fiscal

contendrá un pronunciamiento sobre las características de la gracia que, a su juicio, debiera otorgarse. El informe del Centro y el acta declaratoria del ofendido tendrán un contenido limitado; el primero, circunscrito a la conducta y muestras de arrepentimiento del condenado, y, el segundo, limitado a expresar su oposición o aquiescencia a la gracia”³²⁶.

Asimismo habría de plantearse si la oposición del ofendido, en su caso, manifestada en acta declaratoria, habría de considerarse de suficiente entidad por sí sola como para, de reunirse los demás presupuestos, obstar la tramitación del susodicho expediente por turno preferente.

Por otra parte y dado que el artículo 20 de la Ley por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, prevé la solicitud de indulto de iniciativa fiscal fundamentándose en los mismos supuestos que los previstos para la propuesta de iniciativa judicial y concretados en el párrafo 3º del artículo 4 del Código Penal, rigiendo para ambos un cauce procedimental prácticamente idéntico, se plantea, a mi juicio acertadamente, por algún autor³²⁷ la posibilidad de extender el mandato contenido en el artículo 28 de la Ley por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, relativo a la tramitación por turno preferente, a los expedientes de indulto instados por el Ministerio Fiscal, cuando no se opongan al mismo, en este caso, los informes del Tribunal Sentenciador y del Establecimiento Penitenciario y del ofendido, en su caso.

³²⁶ LLORCA ORTEGA, J., op. cit., p. 168.

³²⁷ En este sentido, apunta LLORCA ORTEGA que “aunque del texto del art. 28 pudiera deducirse otra cosa (especialmente, por la contraposición que hace entre propuesta del Tribunal, por una parte, y el resto de los informes, por otra), entiendo que la tramitación preferente también es aplicable a los expedientes instados por el Ministerio Fiscal, puesto que en ellos van a incidir, en determinados casos, los presupuestos legales exigidos en el repetido artículo. En efecto, en primer lugar, se exige que “que los expedientes se formen al amparo del párrafo 3º del art. 4º del Código Penal”, y este requisito lo reúne el expediente instado por el Fiscal, ya que, en virtud de lo dispuesto en el art. 20, el cauce a seguir en estos casos es precisamente el previsto en el art. 4º, párrafo 3º, del C.P. En todo caso será necesaria la coincidencia de propuesta fiscal e informes, esta vez por este orden de emisión”, LLORCA ORTEGA, J., Idem, p. 169.

B) Los expedientes de indulto calificados de especial urgencia o importancia:

Dispone el artículo 28 de la Ley por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, en su segundo párrafo que “también se tramitarán en turno preferente los expedientes calificados de especial urgencia o importancia”; en virtud del mismo son susceptibles de ser tramitados por turno preferente cualquier expediente de indulto siempre que reúna el presupuesto de previa calificación de especial urgencia o importancia, por la autoridad gubernativa.

Calificación de especial urgencia o importancia que corresponde al Ministerio de Justicia, concretamente a la Subsecretaría de Justicia, unidad de División de Tramitación de Derechos de Gracia y otros Derechos.

En nada acotados y definidos resultan los criterios que han de servir al Gobierno para emitir la susodicha calificación de urgencia o importancia, así pues ni por vía legal ni reglamentaria se determinan en que supuestos podrá el Gobierno acudir a la tramitación preferente del segundo párrafo del artículo 28 de la Ley por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, siendo susceptibles de la misma, por defecto, todas las clases de indulto y por cualesquiera razones o factores, jurídicos o extrajurídicos, que tenga a bien considerar el Gobierno.

Resulta paradójico que una medida tan susceptible de generar efectos tan discriminatorios y formas tan desiguales de aplicación de la ley en supuestos quizás igualmente necesitados de ser tramitados preferentemente a la luz de lo dispuesto en el párrafo segundo de referido artículo 28, sean tan imprecisos sus contornos y tan indefinida, y por consecuencia arbitraria, su justificación.

Si bien algún autor se aventura a describir aquellos supuestos que debieran ser, a su entender, calificados por el Gobierno como de especial urgencia o importancia, no han de ser considerados, a mi juicio, sino como meras conjeturas, si bien dotadas de una argumentación lógica y como posibles motivos de una deseable tasación, carentes de toda fundamentación jurídica y no vinculantes para el Gobierno, que sigue dotado de una indeseable libérrima facultad de nutrirse en su decisión de la nefasta y peligrosa arbitrariedad. En este sentido apunta LLORCA ORTEGA que “no obstante y desde un punto de vista estrictamente jurídico, merecerán, a mi juicio, la tramitación preferente aquellos expedientes promovidos por particulares en los que se acredite el acuerdo del órgano sentenciador de suspender la ejecución de la pena en consideración a la solicitud de gracia, así como aquellos otros en los que, sin disonancia de informes, la pena a graciarse sea, desde el punto de vista temporal, de corta extensión en función de la duración de la tramitación ordinaria del expediente”³²⁸.

Nada dice el legislador en qué momento procedimental y qué forma ha de adoptar dicha decisión, así como tampoco hace alusión a las consecuencias temporales concretas que la tramitación preferente produce en el procedimiento, es decir no especifica en qué ha de traducirse la calificación de preferente, si ha de conllevar una reducción de los plazos o si se refiere a una prioridad abstracta e intangible cuyos efectos son dotados, nuevamente de forma arbitraria, por el Gobierno.

En primer lugar, entiendo desde mi consideración, que la tramitación preferente habría de decretarse tan pronto como surgieran los presupuestos que la justifican, que no necesariamente ha de ser en el momento procedimental de la iniciación, decisión que habría de ser adoptada mediante un acto expreso del Ministerio de Justicia, y que habría de estar debidamente motivado, resultándole de aplicación subsidiaria lo dispuesto para los acuerdos de aplicación de la tramitación de urgencia o ampliación de plazos en el

³²⁸ LLORCA ORTEGA, J., op. cit., p. 169.

apartado e) del artículo 54.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Se plantea este autor que si la decisión de tramitación preferente de determinados expedientes de indulto basada en la previa calificación por el Gobierno de su especial urgencia o importancia, se nutre, como se postula, de los mismos argumentos o motivos de fondo que las que justificarían una ulterior decisión graciosa ¿No se estaría constituyendo así con este recurso un modo de denotar la idoneidad de un expediente en orden a su concesión de forma anticipada, devaluando así el papel esencial del oportuno procedimiento, como único instrumento posible que, tras cumplir sus trámites, es susceptible de garantizar la conformación de una decisión adecuada a los fines de la institución?, ¿No ha de suponer, en su caso, una devaluación de las garantías y finalidad que ofrece el procedimiento del todo injustificada y peligrosa?, ¿No se escondería con tal propósito una consideración de la gracia como institución que ha necesariamente disfrazarse, en pro de su supervivencia en un Estado Democrático de Derecho, con un procedimiento inocuo que encubra una decisión graciosa preconstituida y que es producto de la peligrosa e insaciable voracidad de lo arbitrario? De ser así, nuevamente habrían aparecido indeseables e injustificadas expresiones de una arbitrariedad que inexplicablemente encuentra cobijo en esta institución, en contra de una gracia que evoluciona hacia la inaplazable necesidad de reglar, en la mayor medida de lo posible, los elementos de los que se sirve, reservando la diferencia para el ejercicio de una prevista y lícita potestad discrecional.

9. LOS EFECTOS DEL INDULTO PARTICULAR:

El indulto produce los efectos de remisión, reducción, sustitución o suspensión de la pena impuesta en sentencia condenatoria firme, efectos que dependerán de la clase y modalidad de la gracia concedida.

El indulto habrá de ser otorgado tras ser válida y debidamente cumplimentados los trámites que integran el procedimiento administrativo derivado del ejercicio del derecho de gracia, que conformaran los elementos necesarios en orden a valorar la idoneidad de la concesión de la prerrogativa y la adecuación a los fines de justicia, equidad o conveniencia social que la sustentan.

Dada la diversidad de efectos que de la gracia pueden derivarse, así como la especialidad de las causas que los originan, su carácter general o especial, se hace cuasi necesario su clasificación sistemática en los siguientes apartados:

A) LA EXTINCIÓN TOTAL O PARCIAL DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL:

Dispone el apartado 4 del artículo 130 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal que: “(la responsabilidad penal se extingue) por el indulto”. Extinción que en virtud de la clase de indulto se extenderá a la totalidad de las penas a que hubiese sido condenado y que todavía no hubiese cumplido el delincuente o a alguna o algunas de las penas impuestas, o de parte de todas las que hubiese incurrido y no hubiese cumplido todavía el

delincuente³²⁹. Asimismo, extinción de la responsabilidad criminal que en caso alguno supondrá el destierro de la pena y menos aún del delito³³⁰. Así, continuarán inscritos los antecedentes penales en el Registro Central de Penados y Rebeldes.

B) EL INDULTO DE LA PENA PRINCIPAL LLEVARÁ CONSIGO EL DE SUS ACCESORIAS:

Dispone el artículo 6 de la Ley de 18 de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto que “El indulto de la pena principal llevará consigo el de las accesorias que con ella se hubiesen impuesto al penado, a excepción de las de inhabilitación para cargos públicos y derechos políticos y sujeción a la vigilancia de la autoridad, las cuales no se tendrán por comprendidas si de ellas no se hubiese hecho mención especial en la concesión. Tampoco se comprenderá nunca en esta la indemnización civil”.

Se pueden conceptuar las penas accesorias como aquellas que, no imponiéndolas especialmente, la Ley declara que otras penas las llevan consigo. Sin embargo, LLORCA ORTEGA, acertadamente apunta que “este concepto tradicional de pena accesoria no es totalmente válido en el Código (Penal) actual, que faculta al Tribunal para imponer al condenado la prohibición

³²⁹ En este sentido preceptúa el artículo 4 de la Ley 18 de junio de 1.870, por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto que “El indulto podrá ser total o parcial. Será indulto total la remisión de todas las penas a que hubiese sido condenado y que todavía no hubiese cumplido el delincuente. Será indulto parcial la remisión de alguna o algunas de las penas impuestas, o de parte de todas las que hubiese incurrido y no hubiese cumplido todavía el delincuente. Se reputará también indulto parcial la conmutación de la pena o penas impuestas al delincuente en otras menos graves”.

³³⁰ En contraposición a la amnistía, la cual no solamente borra la pena, sino que incluso puede suponer el destierro jurídico del hecho típico. En este sentido se pronuncia HAUS, quien advierte que “la amnistía es un acto del poder soberano que cubre con el velo del olvido las infracciones de cierta clase, aboliendo, bien los procesos comenzados o que se deban comenzar, bien las condenas pronunciadas por tales delitos”, en Principios generales de derecho penal belga, traducción italiana, tomo II, p. 262. Asimismo cabe subrayar lo dispuesto en el artículo 112, apartado 3º, del Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre (actualmente derogado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal): “(La responsabilidad penal se extingue) por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos”.

de acudir a determinados lugares por la comisión de ciertos delitos (art. 57), de modo que la imposición de un castigo accesorio no sólo viene vinculada a una pena principal sino también a ciertos delitos”³³¹.

Algunas de las penas privativas de derechos previstas en el artículo 33 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, apuntan MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN “pueden imponerse como principales y como accesorias. Lo primero ocurre cuando el Código las señala expresamente para determinados delitos y lo segundo, cuando sin imponerlas especialmente, declara en preceptos generales que determinadas penas van acompañadas de otras como accesorias (arts. 54 y ss.). La justificación de la existencia de penas accesorias por la que, junto a la pena principal, se priva de determinados derechos al condenado puede buscarse en la pérdida de legitimidad para el ejercicio de los mismos por parte de quien resulta condenado en un proceso penal. Sin embargo, un postulado tan general como el anterior resulta inmediatamente objeto de las críticas que tradicionalmente han recaído sobre las penas accesorias, en la medida en que la privación de derechos al condenado, de manera automática y cuando el derecho en cuestión no se relaciona con el delito cometido, perjudica su reinserción social y carece de justificación”³³².

En este sentido se hace necesario el estudio de lo dispuesto en la Sección 5ª (De las penas accesorias), del Capítulo I, del Título III de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal³³³, en la que el artículo 54 señala que “la penas de inhabilitación son accesorias en los casos en que, no imponiéndolas especialmente, la Ley declara que otras penas las

³³¹ LLORCA ORTEGA, J., op. cit., p. 118.

³³² MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., op. cit., p. 501.

³³³ “El sistema instaurado en el Código Penal reduce el automatismo en el establecimiento de las penas accesorias. Así, la única pena que se impone como accesoria, de manera automática y aunque el delito no tenga relación con los derechos de que se priva al condenado, es la de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, que se establece como accesoria de las penas de prisión iguales o superiores a diez años (art. 55)”, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., Idem, p. 501.

llevan consigo”. Por su parte el artículo 55 advierte que “la pena de prisión igual o superior a diez años llevará consigo la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, salvo que esta ya estuviera prevista como pena principal para el supuesto de que se trate”, y para los supuestos de penas de prisión inferiores a diez años, establece el artículo 56 que los jueces o tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas de las siguientes: suspensión de empleo o cargo público, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo o inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, si estos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación³³⁴, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579 de este Código; y, finalmente, el artículo 57 viene a disponer que “los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48³³⁵, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave.

³³⁴ “La posibilidad de aplicar penas de privación de empleos o cargos públicos como accesorias plantea algunas cuestiones relativas al principio de “non bis in idem” cuando se trata de funcionarios y empleados públicos, teniendo en cuenta que es propio del régimen disciplinario de los funcionarios la sanción de separación del cargo como consecuencia de la condena penal por delito. Al respecto debe recordarse el contenido del principio de “non bis in idem” y las precisiones del Tribunal Constitucional: cabe la duplicidad de sanciones -penal y administrativa- en los casos en que tienen distinto fundamento y existe una relación de supremacía o sujeción especial de la Administración con el sancionado (entre otras, STC de 1 de marzo de 1990). Dicha relación de supremacía especial de la Administración sobre el funcionario es lo que justifica el ejercicio de su potestad sancionadora junto al del *ius puniendi* del Estado que recae sobre el delito; por tanto, en principio no habría problemas para aplicar las penas que analizamos junto a las sanciones disciplinarias. El problema aparece en las penas de inhabilitación y suspensión que se imponen como accesorias si se entiende que, en este caso, se fundamentan en la relación del funcionario con su cargo, porque de ser así, coinciden en fundamento con la sanción administrativa y deberían ser excluyentes”, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., op. cit., pp. 501 y 502.

³³⁵ Artículo 48 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: “1. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos. 2. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus

No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea.

En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior.

familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena. 3. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual. 4. El juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan”.

También podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el artículo 48, por un período de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de una infracción calificada como falta contra las personas de los artículos 617 y 620.

Penas accesorias que tendrán la duración que respectivamente tenga la pena principal en virtud de lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 33 del Código Penal, salvo lo que dispongan expresamente otros preceptos de este Código, y que habrán de estar debidamente concretadas en la sentencia en cuanto a su contenido y alcance.

Destáquese en relación a las penas accesorias la aplicación en el ámbito del indulto del principio penológico *accessorium sequitur principalem*, exteriorizado en la Ley de 1.870 a través de su artículo 6, por el cual: “el indulto de la pena principal llevará consigo el de las accesorias que con ella se hubiesen impuesto al penado, a excepción de las de inhabilitación para cargos públicos y derechos políticos y sujeción a la vigilancia de la autoridad, las cuales no se tendrán por comprendidas si de ellas no se hubiese hecho mención especial en la concesión”. De modo tal que de no concurrir las excepciones previstas en este artículo y en el supuesto de que el Real Decreto de concesión haga alusión únicamente a la remisión de la pena o penas principales, omitiendo cualquier referencia a la pena o penas accesorias, habrá de entenderse a ellas, igualmente, extendida la gracia. En este sentido apunta LLORCA ORTEGA que “realmente, resulta a todas luces justo que indultada la pena principal, su accesoria siga la misma suerte”³³⁶. Sin embargo es previsible tanto la remisión de la pena o penas principales con exclusión de las accesorias, como la remisión de la pena o penas accesorias con exclusión de la o las principales, salvo que sean inseparables por su naturaleza y efectos, en virtud de lo preceptuado en el artículo 7 de la Ley 18 de junio de 1.870, por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto.

³³⁶ LLORCA ORTEGA, J., op. cit., p. 119.

Se significa al respecto el planteamiento suscrito por LLORCA ORTEGA en cuanto a la intensidad con que el indulto expreso de la pena principal ha de graciarse, tácitamente, a su accesoria, por quien “necesariamente hay que hacer referencia al diferente régimen jurídico que, sobre las penas accesorias contiene el C.P. de 1995 en relación con su precedente. En éste, junto a las penas accesorias que podemos denominar específicas (inhabilitación absoluta y suspensión), esto es las que el legislador expresamente había asociado concretas y específicas penas principales (arts. 46 y 47), existían las accesorias generales, asociadas por el legislador no a una pena principal sino a todos los delitos (v.g. el comiso) o a alguna clase de ellos (v.g. la pérdida de la patria potestad en el delito de abandono de familia). Pues bien, a la hora de aplicar el indulto de la pena principal a las accesorias generales por la vía de la tácita extensión, esto es cuando la gracia, sin oponerse, nada expresaba respecto de ellas, dos reparos se ofrecían: 1º Como eran castigos no temporales, resultaba injusto que el simple indulto parcial de la pena principal extendiese su efecto extintivo a estas accesorias; 2º como eran castigos asociados más a un delito que a una pena principal, no aparecía suficiente justificación para su eliminación tácita el mero hecho de haber quedado graciada una pena de la que directamente no dependían (así sucedía, v.g., con el comiso de los efectos e instrumentos del delito, del art. 48 C.P. de 1973, o con las interdicciones (la reforma del C.P. operada en el año 1983 suprimió la pena de interdicción civil del catálogo general, sin que el legislador se percatase que, a lo largo del Libro 2º, persistían -y continúan persistiendo- interdicciones que podemos llamar limitadas, que operan como penas accesorias, aunque no vinculadas específicamente a una principal. El problema que estos castigos plantean es similar al que ofrece la pena de comiso). Ello, motivaba que, habida cuenta de las variadísimas causas que, de hecho y en la actualidad, son susceptibles de fundamentar la concesión del indulto de la pena principal, tales causas, sin embargo, no resultasen suficientes para justificar la extensión tácita de la gracia a estas accesorias generales (así, v.g., podrán concurrir motivos de oportunidad penal para graciarse la pena privativa de libertad, pero tales consideraciones resultarán quizás inoperantes para justificar la tácita extensión del indulto al comiso de los instrumentos y efectos (de lícito comercio) del delito.). En el C.P. de 1995,

estos inconvenientes han desaparecido, pues únicamente reconoce una clase de penas accesorias: las específicas (arts. 54 y ss.); y, además con una característica común: todas ellas son penas temporales. De esta forma se facilita la extensión tácita del indulto de la principal a su accesoria. En efecto, para que ello tenga lugar ya no ha de ser necesario que el indulto concedido tenga carácter total, pues de ser así, ambas (principal y accesoria) quedarán íntegramente graciadas, y si es parcial, la accesoria quedará indultada en la misma proporción. Por otra parte, al haber desaparecido las accesorias generales, convirtiéndose el comiso en consecuencia accesoria del delito (ya no es pena) y las interdicciones limitadas en penas principales de inhabilitación especial, la extensión tácita del indulto a las penas accesorias no ha de plantear, a mi juicio, especiales dificultades³³⁷.

Sin embargo el principio general por el cual el indulto de la pena principal se extenderá a las accesorias que con ella se hubiesen impuesto al penado quiebra a la luz de los siguientes supuestos, reglados en el artículo 6 de la Ley de 18 de junio de 1.870, por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, así:

a) Penas accesorias de “inhabilitación para cargos públicos y/o derechos políticos”:

Es necesario advertir que el Código Penal de 1.870 no contenía ninguna pena accesoria con esta denominación, de modo que la remisión realizada por el artículo 6 de la Ley de 18 de junio de 1.870, habría que entenderla referida a los efectos de las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua³³⁸ y de inhabilitación absoluta temporal³³⁹.

Actualmente ha de entenderse referida la excepción a la pena de inhabilitación absoluta, de inhabilitación especial para el derecho de sufragio

³³⁷ LLORCA ORTEGA, J., op. cit., pp. 119 y 120.

³³⁸ Véanse los artículos 32 y 53 al 57 del Código Penal de 1.870.

³³⁹ Véanse los artículos 33 y 58 del Código Penal de 1870.

pasivo y de inhabilitación especial para empleo o cargo público, siempre que sean impuestas como penas accesorias.

El artículo 41 del Código Penal señala que “la pena de inhabilitación absoluta produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos. Produce, además, la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la condena”. En relación a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, el artículo 42 señala al efecto que “produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere, aunque sea electivo, y de los honores que le sean anejos. Produce, además, la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena”. Y en referencia a la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo dispone el artículo 44 que “priva al penado, durante el tiempo de la condena, del derecho a ser elegido para cargos públicos”.

Al respecto suscribe LLORCA ORTEGA que no ha de entenderse extendida la excepción contenida en el artículo 6 de la Ley de 18 de junio de 1.870 a los supuestos de penas accesorias de suspensión de empleo o cargo público pues “pese a estar equiparada en el art. 56 del C.P. a las inhabilitaciones especiales, antes mencionadas, entiendo que hay que estar a la literalidad del texto del art. 6º de la L.I., que exceptúa de la gracia a las penas de “inhabilitación” para cargos públicos y derechos políticos, sin mencionar la suspensión, que se entenderá en todo caso incluida en el indulto de su correspondiente principal”³⁴⁰.

b) “Pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad”:

Excepción absolutamente carente de contenido en cuanto es del todo inoperante su remisión a pena accesoria alguna susceptible de ser equiparada

³⁴⁰ LLORCA ORTEGA, J., op. cit., p. 124.

en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal; siendo, asimismo, digno de ser advertido que ya al tiempo de la entrada en vigor de la Ley de 18 de junio de 1.870, la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad, no encontraba previsión expresa en el Código Penal de 1.870, y, por ende, adolecía de tal consideración y efecto.

En esta línea se postula LLORCA ORTEGA quien apunta que “incomprensiblemente, el legislador reprodujo, en el art. 6 de la L.I., el texto de lo que había constituido el art. 45 del C.P. de 1850, sin percatarse que la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad, que en el aquel cuerpo legal figuraba entre las accesorias, en el C.P. de 1870 había desaparecido. Es cierto que el Código de la I República, al hablar “De la ejecución de las penas y de su cumplimiento”, estableció la sujeción a la vigilancia de la autoridad de los condenados a las penas de relegación³⁴¹ y de confinamiento³⁴², texto éste último que, en esencia³⁴³, ha permanecido, incluso, hasta el C.P. derogado de 1973. Sin embargo en modo alguno cabría relacionar la excepcionalidad consagrada en el art. 6º de la L.I. con este efecto, pues una cosa es una pena accesoria y otra distinta lo que constituía un “modo” de ejecución de la pena. Actualmente, la referencia del art. 6º a la “sujeción a la vigilancia de la autoridad” ha de considerarse como un simple anacronismo, sin relevancia práctica. En definitiva, la referencia a la “pena” de sujeción a la vigilancia de la autoridad no debió formularse, a la vista de la escala general del Código de 1870 (de la que había sido irradiada), y ha de estimarse inexistente respecto del C.P. actual. Todo ello fue consecuencia, a mi juicio, de la poca meditada incorporación a la L.I. del art. 45 del C.P. del 1850”³⁴⁴.

³⁴¹ Artículo 111 del C.P. de 1870.

³⁴² Artículo 116 del C.P. de 1870.

³⁴³ Modificado por Decreto de 24 de enero de 1963.

³⁴⁴ LLORCA ORTEGA, J., op. cit., p. 124.

C) LOS EFECTOS DE LA CONMUTACIÓN DE PENAS:

Por la conmutación de penas, como modalidad preferente de indulto³⁴⁵, subsumido en el llamado indulto parcial, se produce la sustitución de la pena o penas impuestas al delincuente por otras menos graves dentro de la misma escala gradual; sin perjuicio de la oportunidad de la conmutación de penas por otras de distinta escala gradual siempre que, y en virtud del artículo 12 de la Ley por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, “haya meritos suficientes para ello, a juicio del Tribunal sentenciador o del Consejo de Estado, y el penado además se conformare con la conmutación”.

Destáquese que como consecuencia de la conmutación, como forma de indulto, se habrá de tener por inexistente, desde el momento de la concesión, la pena originaria. “Conmutada la pena principal -dispone el artículo 13 de la Ley de 18 de junio de 1.870-, “se entenderán también conmutadas las accesorias por la que correspondan, según las prescripciones del Código, a la que hubiere de sufrir el indultado. Se exceptúa, sin embargo, el caso en que se hubiese dispuesto otra cosa en la concesión de la gracia”.

Ha de significarse la dificultad, denunciada por LLORCA ORTEGA, que ha supuesto la promulgación del nuevo Código Penal en orden a la efectividad de la regla contenida en la Ley por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto en relación a los efectos de la conmutación sobre las penas accesorias, en cuanto en el Código Penal de 1995, ha diferencia de su anterior en el que las penas accesorias venían asignadas a sus respectivas principales por ministerio de la ley y de una forma absolutamente rígida, sin apenas margen de decisión al órgano judicial, se constata un sistema un mixto que combina el sistema rígido o legal (art. 55) de determinación de las penas

³⁴⁵ Artículo 12 de la Ley por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto: “En los demás casos se concederá tan sólo el parcial, y con preferencia a la conmutación de la pena impuesta en otra menos grave dentro de la misma escala gradual”.

accesorias con el flexible o judicial (art. 56), exigiendo de este modo la necesidad de aplicar el mandato contenido en el artículo 13 de la Ley por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto conforme a los nuevos preceptos penales sustantivos. En este sentido el autor propone el examen de tres posibles hipótesis: “1º Conmutación de pena de prisión superior a diez años por otra de prisión de extensión inferior, aunque igual o superior a diez años, continuará la misma pena accesoria, esto es la de inhabilitación absoluta, salvo que otra cosa se indique en la concesión; 2º Conmutación de pena de prisión igual o superior a diez años por otra pena de prisión de extensión inferior a los diez años, la sustitución de la accesoria de inhabilitación absoluta no puede producirse automáticamente, como sucedía en el régimen penal anterior, siendo necesario que el Ejecutivo, en la concesión de la gracia, seleccione el nuevo castigo accesorio de entre los enumerados en el art. 56 del C.P., con el entendimiento de que, si nada dijese al respecto, ninguna sanción accesoria podría ejecutarse (art. 79), pues, como se dijo en otro lugar, el acto de concesión de la gracia de indulto es el nuevo título ejecutivo sancionador; 3º Conmutación de una pena de prisión inferior a diez años por otra de prisión de menor extensión, en este supuesto la sustitución de la accesoria de la pena conmutada la considero innecesaria, puesto que, en el ámbito del art. 56, las diversas sanciones accesorias que enumera no han de ser electas en función de la extensión de la pena principal sino de la índole de la conducta castigada, de ahí que, por lo común, procederá conservar inalterada la accesoria electa por el órgano sentenciador, aunque todo ello supeditado a lo que, en definitiva, disponga la concesión de la gracia”³⁴⁶.

Es planteable si en el supuesto de que la conmutación de la pena o penas impuestas acontezca una vez iniciada la ejecución de la pena o penas conmutadas, ha de ser abonada en la liquidación de la nueva pena el tiempo de ejecución de la sustituida. No resulta controvertido el caso en que la pena sustituida y sustituta sean homogéneas (así por ejemplo entre penas de prisión de diferente extensión), sin embargo resulta más cuestionable la solución

³⁴⁶ LLORCA ORTEGA, J., op. cit., p. 130.

predicable al caso de que las penas objeto de la conmutación sean heterogéneas, compartiendo en este supuesto el parecer mayoritario de la doctrina, no habiendo mas que recurrir a la condonación como medio para compensar al graciado por la pena efectivamente cumplida; todo ello, sin perjuicio de que “la parte de condena que hubiere cumplido (el penado)” constituya a su vez, en virtud de lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, un elemento que sea susceptible de condicionar al Gobierno para acordar la conmutación y seleccionar la pena sustitutoria.

Dispone el artículo 14 de la Ley por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto que “la conmutación de la pena quedará sin efecto desde el día en que el indultado deje de cumplir, por cualquier causa dependiente de su voluntad, la pena a que por la conmutación hubiere quedado sometido”. Precepto que desde nuestra consideración no puede obviar su dudoso mandato en cuanto supone una quiebra al carácter irrevocable de la gracia consagrado en el artículo 18 de la Ley por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto; entendemos así que es en el momento de la concesión del indulto cuando han de estar presentes los presupuestos que han de originar la medida graciosa, sin que sea oportuno extender a la postre el examen de los presupuestos que dieron lugar a la concesión. Sería equiparable a concebir un indulto total que tras su concesión y por la comisión de hechos delictivos posteriores del indultado, conllevara el resurgir de la pena o penas totalmente remitidas, concursando con la que resultare del posterior delito de quebrantamiento de condena; solución que no sólo sería absolutamente desproporcionada para el reo, sino que generaría una insólita carga de inseguridad jurídica carente de toda fundamentación.

En un sentido similar se pronuncia al respecto LLORCA ORTEGA, quien entiende que “este precepto, que constituye una excepción al principio de irrevocabilidad de la gracia, al que luego se hará referencia, contempla una conducta que, por lo general, generará, junto al efecto resolutorio de la conmutación, un delito de quebrantamiento de condena. La bondad de esta norma es, a mi juicio, dudosa. Si, en el momento de la concesión de la gracia,

se estimó justificada la conmutación, la posterior conducta irregular del condenado no debiera fundamentar la resolución de la conmutación, del mismo modo que no se resuelven las restantes modalidades de indulto particular cualesquiera que sean los posteriores actos del indultado. No creo que existan, en esta hipótesis, motivos suficientes para excepcionar un principio tan importante en esta materia, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, cual es el de irrevocabilidad de la gracia. En estos casos sería suficiente, a mi juicio, con que el “incumplimiento” produjese los efectos correspondientes en el ámbito penitenciario (tratándose de pena privativa de libertad) o de la ejecución en general, dando lugar, en su caso, a la incoación de causa por quebrantamiento, pero sin afectar a la conmutación. Si, por último, la pena sustituta es la de multa, entiendo que la revocación de la conmutación, no podrá llevarse a cabo. En efecto, es presupuesto necesario para que la revocación produzca sus efectos, que el indultado deje de cumplir la pena por cualquier causa dependiente de su voluntad. Sin embargo, en la ejecución de esta pena pecuniaria no ha de contar la voluntad del condenado, que no puede optar entre pagar o someterse al arresto sustitutorio. El órgano sentenciador, de existir bienes, ha de proceder a la ejecución de los mismos³⁴⁷.

A la vez el precepto nada dice acerca de los efectos que ha de otorgársele a la parte de la pena sustituta que ha sido efectivamente ejecutada por el reo tras la conmutación y con anterioridad al incumplimiento, una vez se haya dejado sin efecto la conmutación y resurgido la pena originaria. Entendemos que la solución no ha de ser otra sino el abono de la parte de pena efectivamente ejecutada en la liquidación de la originaria, nuevamente aplicada.

³⁴⁷ LLORCA ORTEGA, J., op. cit., pp. 131 y 132.

D) LA PENA PECUNIARIA O DE MULTA:

Al indulto que recayere sobre pena pecuniaria dedica la Ley de 18 de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, su artículo 8 por el cual “el indulto de la pena pecuniaria eximirá al indultado del pago de la cantidad que aún no hubiese satisfecho, pero no comprenderá la devolución de la ya pagada, a no ser que así se determine expresamente”. Destáquese del precepto el carácter residual del efecto de devolución de la parte de pena pecuniaria ejecutada, que requiere que sea determinado así expresamente; y nos detenemos expresamente en este aspecto en cuanto entendemos que este efecto que supone la extensión del indulto a penas ya cumplidas confronta con los propios caracteres y principios en que se sustenta la institución, así el indulto particular supondrá en todo caso la remisión de todas, algunas o parte de las penas que hubiesen sido impuestas al reo y aún no hubiese cumplido, siendo este último presupuesto del todo esencial a su naturaleza, no siendo susceptible de ser concebida la extensión de sus efectos a las penas efectivamente ejecutadas, ni siquiera, entendemos, cuando así sea determinado expresamente.

Sería del todo inimaginable concebir la devolución de una pena no pecuniaria, tal como la pena de prisión, que hubiera sido debidamente impuesta y ejecutada. Del indulto no podemos obviar su carácter residual que supone una excepción al ius puniendi del Estado, el indulto opera por razones de justicia, equidad o utilidad pública que han de concurrir en el momento de la concesión, por hechos anteriores (entre los que ya habrá de ser valorada la pena impuesta y parcialmente cumplida por el reo) que hacen conveniente o proporcionado el no cumplimiento o remisión de la pena que resta por ser ejecutada, sin que en caso alguno el Legislador hubiera configurado esta institución como un poder al Gobierno para deshacer o compensar al reo por las penas lícitamente impuestas y debidamente ejecutadas. Por esta misma razón entendemos cuanto menos paradójico que el Legislador haya querido

revestir al Gobierno con un poder para el caso de que el indulto recaiga sobre pena pecuniaria que en caso alguno le fue conferido ni ostenta en los restantes supuestos.

E) LA RESPONSABILIDAD CIVIL:

Es de resaltar la imprecisión con la que el artículo 6 de la L.I. aborda la cuestión relativa a la indemnización civil y la susceptibilidad de extenderse a ella el indulto. Así su tenor literal apunta que “El indulto de la pena principal llevará consigo el de las accesorias que con ella se hubiesen impuesto al penado, a excepción de las de inhabilitación para cargos públicos y derechos políticos y sujeción a la vigilancia de la autoridad, las cuales no se tendrán por comprendidas si de ellas no se hubiese hecho mención especial en la concesión.

Tampoco se comprenderá nunca en ésta la indemnización civil”. Imprecisión que localizamos en esta, la última expresión del precepto por cuanto, no se advierte si la exclusión se alimenta igualmente de la excepción contenida en el apartado anterior concretamente expresada con “si (de ellas) no se hubiese hecho mención especial en la concesión”; es decir, resulta dudoso determinar si no se comprenderá nunca en la concesión de indulto la indemnización civil derivada del delito bajo ningún concepto, o si bien, por el contrario, si la indemnización civil no se comprenderá nunca en la concesión, a salvo el supuesto en que se haga mención especial en la misma.

Si bien, muy a pesar de la desacertada imprecisión del precepto no podemos sino postular incondicionalmente la primera de las opciones planteadas, entendiendo así que bajo ningún concepto o excepción es susceptible de extenderse el indulto a la posibilidad de remitir al reo la obligación de indemnizar a la víctima o perjudicado por las responsabilidades

civiles derivadas del ilícito penal en los términos previstos en los artículos 109 y siguientes de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. La responsabilidad civil derivada del delito o falta se nutre de una naturaleza absolutamente divergente de la que sirve la responsabilidad penal³⁴⁸, por cuanto aquella es cuasi de total disposición del perjudicado u ofendido. En caso alguno se puede hablar de un derecho de la víctima a la pena del culpable o responsable penalmente, todo lo más un derecho a la tutela judicial efectiva que entre otras manifestaciones se extiende al derecho a un procedimiento con todas las garantías, sin que bajo ningún concepto tenga derecho de disposición sobre la pena; sin embargo la responsabilidad civil derivada del delito o falta tiene como finalidad compensar al perjudicado, que no siempre ha de coincidir con la víctima, de los daños y perjuicios que le han sido irrogados por la comisión del hecho delictivo; ofendido o perjudicado que ostenta un derecho de crédito sobre la correspondiente indemnización y que en todo caso es titular de la facultad de disposición sobre la misma. Prueba de la misma advertimos lo dispuesto en el artículo 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por el cual “... si el ofendido renunciare expresamente a su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables”. Por todo ello, concluimos que si bien el Gobierno está facultado para con el indulto excepcionar el *ius puniendi* del Estado, remitiendo total o parcialmente las penas impuestas al reo por razones de justicia, equidad o utilidad pública, sin que ello suponga o tenga como contrapartida, en ningún

³⁴⁸ “Al responsable penal de un delito se le impone el cumplimiento de una pena proporcionada al mismo y destinada a fines colectivos y/o estatales, como son la finalidad preventivo-general y especial. En cambio esa relación de carácter imperativo ente el estado y el responsable penal no es la que caracteriza a la responsabilidad civil derivada del delito, aunque también se declare en el la sentencia y sea exigible ejecutoriamente. En efecto, mientras que con la pena el responsable penal responde frente al Estado y la colectividad, con la responsabilidad civil se pretende, a grandes rasgos, reparar o compensar los efectos que el delito ha tenido sobre la víctima o los perjudicados por el mismo.”, “Mientras que la acción penal para perseguir el delito no se extingue por renuncia del ofendido (excepto los delitos que exigen su querrela; art. 106 LECrim), la acción civil es plenamente renunciable por quien tenga derecho a ejercerla. En suma la responsabilidad civil es transmisible a terceros, no proporcionada con el delito y disponible por el perjudicado, características suficientes como para afirmar su naturaleza civil. Ello viene corroborado por la redacción del art. 109 CP: la obligación de reparar los daños y perjuicios nace con la ejecución de un hecho típico penalmente, de manera objetiva y con independencia de si existe o no responsable penal. La naturaleza civil de esta clase de responsabilidad, además, queda confirmada por el art. 1902 CC, pese a que remita su desarrollo al Código Penal.”, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., op. cit., pp. 595 a 597.

caso, la negación o la privación de eficacia de derecho alguno de la víctima, entendemos así mismo que el Gobierno no está facultado para privar o negar al perjudicado del derecho de crédito del que es titular por el importe de los daños y perjuicios que le han sido irrogados por un delito del todo consumado y constatado y que ni el indulto es susceptible de desterrar; que asimismo no existirían razones de justicia o equidad que legitimaran al Gobierno a decretar la privación al perjudicado u ofendido del derecho a ser resarcido por los daños ocasionados por el culpable por unos hechos cuya ilicitud penal no ha sido, por la concesión del indulto, desnaturalizada.

F) LAS COSTAS PROCESALES:

La Ley de 18 de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la gracia de Indulto, es tajante al disponer en su artículo 9 que “el indulto no se extenderá a las costas procesales”. Entendemos que estas cargas subsisten tras la concesión de indulto por constituir consecuencias derivadas de la comisión del hecho delictivo y su correspondiente proceso, que no sería adecuado fueran asumidas sino por el causante ahora indultado; hecho delictivo que por su parte, y como ya apuntamos, no queda eximido o extinguido ni desnaturalizada su ilicitud tras la concesión de indulto.

G) EL INDULTO CONDICIONAL:

Frente a la generalidad de los indultos llamados puros, sin mas condiciones que las tácitas de todo indulto³⁴⁹, viene regulada en la Ley de 18

³⁴⁹ Artículo 15 de la Ley de 18 de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la gracia de Indulto: “Serán condiciones tácitas de todo indulto: 1. Que no cause perjuicio a tercera persona o no lastime sus derechos. 2. Que haya sido oída la parte ofendida,

de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, la posibilidad de que en la concesión de la gracia se impongan al penado las demás condiciones que la justicia, la equidad o la utilidad pública aconsejen³⁵⁰.

Condiciones que habrán de ser previamente cumplidas por el penado, salvo aquellas que por su naturaleza no lo permitan, so pena de que el Tribunal Sentenciador no de efectivo cumplimiento a la concesión de indulto, todo ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 17.

Es de resaltar el papel destacado que desempeña el Tribunal Sentenciador como órgano competente en orden a conocer las posibles incidencias relativas a la determinación y cumplimiento de las citadas condiciones, en todo aquello que no hubiera sido suficientemente explicitado en el Real Decreto de concesión³⁵¹.

H) LA IRREVOCABILIDAD DE LA CONCESIÓN DEL INDULTO:

La irrevocabilidad de la concesión de indultos está consagradamente reconocida por el mandato contenido en el artículo 18 de la Ley de 18 de junio de 1.870, por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, por el cual “la concesión del indulto es por su naturaleza irrevocable con arreglo a las cláusulas con que hubiere sido otorgado”; precepto cuya taxatividad, por contra, no ha obstado la sólita discusión doctrinal acerca del

cuando el delito por el que hubiese sido condenado el reo fuere de los que solamente se persiguen a instancia de parte”.

³⁵⁰ Artículo 16 de la Ley de 18 de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la gracia de Indulto: “Podrán, además, imponerse al penado en la concesión de la gracia las demás condiciones que la justicia, la equidad o la utilidad pública aconsejen”.

³⁵¹ Reséñese al respecto la doctrina sentada en la Memoria del Fiscal del Tribunal Supremo correspondiente al año 1900, p. 47, y la Instrucción del Fiscal del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1905.

carácter revocable o irrevocable de la concesión del indulto. Así, harta espinosa ha resultado tradicionalmente la consideración de los efectos irrevocables de la gracia una vez ha sido concedida, entendiéndose a nuestro juicio que su problemática se encuentra indisolublemente ligada a la derivada de la naturaleza jurídica del indulto particular (así como derecho, esperanza de derecho, expectativa de derecho, etc.), por la necesidad de determinar si el concedente ostenta la capacidad en orden a despojar de una medida que bien ha podido ser transmitida en forma de derecho a la esfera jurídica del individuo³⁵². Sujeción a la naturaleza jurídica del indulto que viene reconocida expresamente en el artículo 18, si bien no se detiene el precepto a despejar las incógnitas que acompañan al alcance y consideración de la misma.

Significa AGUADO RENEDO³⁵³, quien por su parte no entiende la gracia ni como un derecho ni como una expectativa de derecho, la imposibilidad categórica de la revocación de la gracia por el concedente, esgrimiendo para ello que “la gracia es una medida que se agota en su aplicación o, en su caso, en su falta de aplicación cuando pudo ser aplicada y no lo fue por cualquier motivo, y porque el acto que la declara es un acto creador de derechos que, como todo acto de este tipo, “...no es libremente revocable”³⁵⁴”. En este mismo sentido se manifiesta LLORCA ORTEGA³⁵⁵, quien advierte que “aun a riesgo de equivocación en la concesión, el legislador ha querido que el indulto produzca sus efectos permanentes; aquí parece como si hubiere querido proteger la inseguridad jurídica de los reos. Sin embargo, lo cierto es que, una

³⁵² Según afirma HEYDE, W., tras la concesión del indulto, “el ejecutivo ha contraído obligaciones con su decisión de perdón; el espacio de libertad garantizado al condenado ya no es disponible por el ejecutivo. De ahí que quepa judicialmente revisar acciones revocatorias de indulto por parte de las mismas autoridades”, como el Tribunal Constitucional Federal alemán ha confirmado (Decisión de la Sala Segunda de 12 de enero de 1971, núm. 9, Bverfg E, 30, 108 y ss.): HEYDE, W., en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE, Manual de Derecho Constitucional, op. cit., p. 788.

³⁵³ AGUADO RENEDO, C., en Problemas Constitucionales del Ejercicio de la Potestad de Gracia, op. cit., p. 187.

³⁵⁴ Utilizando los términos de VILLAR PALASÍ, J.L. y SUÑÉ LLINAS, E., Comentario al artículo 9 CE, p. 572.

³⁵⁵ LLORCA ORTEGA, J., op. cit., p. 125.

vez concedido el indulto, este debe tener toda la fuerza de una sentencia ejecutoria. Los intereses más sagrados lo exigen así. Los principios más elementales de justicia lo proclaman también. Por esto se declaran irrevocables las concesiones de estas gracias, según las condiciones con que hayan sido hechas”.

Por nuestra parte entendemos que si bien la gracia no constituye un derecho para el futuro beneficiario, ésta una vez concedida genera ciertamente un haz de facultades que alcanzan la consideración de derecho; dándole viabilidad así a la posibilidad de que éste renuncie al mismo y a la imposibilidad de que el poder concedente revoque su decisión. Este no puede revocar el beneficio concedido porque lo que antes era el objeto de una facultad ciertamente discrecional sobre cuyo fallo no tenía disposición alguna el penado, una vez concedido el beneficio pasa a constituirse éste en derecho del beneficiario con el contenido obligacional y con las condiciones que en su caso se fijen en el Real Decreto de concesión.

Asimismo, y para el supuesto de que en el Real Decreto de concesión se estipulara alguna condición, caso de ser ésta incumplida no cabría hablar de revocación de la gracia, sino de la efectividad del susodicho Real Decreto que surte sus efectos³⁵⁶.

³⁵⁶ En este sentido AGUADO RENEDEO, C., en relación a la llamada “revocación” del indulto por el incumplimiento de alguna de las condiciones impuestas en el mismo, cuando, en rigor, entiende el autor, que “ello no puede concebirse como tal revocación, desde el momento en que emanado el indulto, el propio concedente se encuentra vinculado por su decisión, y cumplidas las condiciones si son resolutorias, o en tanto las mismas no se cumplieren si acaso fueren suspensivas, la gracia surte indefectiblemente sus efectos, sin que, una vez emanado el indulto, pueda quien lo otorga imponerle nuevas condiciones o librarle de alguna de las ya impuestas”, en Problemas Constitucionales del Ejercicio de la Potestad de Gracia, op. cit., p. 188.

I) LA RENUNCIABILIDAD DEL INDULTO POR EL INDULTADO:

Cuestión harta ardua y no exenta de controversia y confusión es la relativa a la posibilidad de que el beneficiario de la gracia ostente sobre tal beneficio un *ius renuntiandi*. En lo antaño existieron en nuestro ordenamiento jurídico dos textos legales que se oponían a la posibilidad de que el penado graciado tuviera facultad alguna para renunciar a tal beneficio gracioso; si bien la Real Orden de 2 de enero de 1.891 limitaba tal imposibilidad de renuncia sólo para aquellos penados que como consecuencia de la misma debieran “pasar a cuerpo de disciplina”, mientras que la Instrucción de 24 de enero de 1.907 consideraba que las gracias, “como manifestación de la potestad constitucional inherente al poder supremo, son ejecutorias, desde luego, dentro de las condiciones en que se otorga, sin que haya posibilidad legal de que los que reciben el beneficio lo rechacen o lo aplacen a medida de su voluntad”. Coincidente es DEL TORO, quien entiende que la gracia no es renunciable salvo que al beneficiario se lo permita el decreto que lo concede³⁵⁷. Mas permisivo resulta MÚÑOZ SÁNCHEZ, para quien “no existe imposibilidad alguna para la renuncia, al menos cuando con ella no se lesione el interés público o de tercero”. Apunta AGUADO RENEDO³⁵⁸, “la necesidad del requisito de no lesión del interés de un tercero, aunque no parece fácil determinar como puede perjudicar al interés de un tercero la renuncia a un beneficio. Más sentido tiene el condicionamiento al no perjuicio del interés público, puesto que no parece que pueda entenderse mayor lesión para tal interés que el incumplimiento de lo dispuesto por quien se presume, por definición, que lo encarna y lo protege, esto es, el poder público: si se trata de una amnistía, lo dispuesto por la ley, y se trata de un indulto, lo dispuesto por el Gobierno”.

³⁵⁷ DEL TORO MARZAL, E., “Comentario al artículo 112.3 y 4”, en Córdoba Roda (dir.), Comentarios al Código Penal, Vol. II, Ariel, Barcelona, 1.972.

³⁵⁸ AGUADO RENEDO, C., en Problemas Constitucionales del Ejercicio de la Potestad de Gracia, op. cit., p. 184.

Por nuestra parte entendemos que la gracia, que es una excepción residual al *ius puniendi* del Estado que cede en pro de la justicia, la equidad y la conveniencia o utilidad pública, extinguiendo la pena lícitamente impuesta al penado o remitiéndola parcialmente, no puede obviar de su causa el beneficio que supone para el penado, la gracia, entre otras consideraciones, se concede por y para el penado. Si se excepciona el *ius puniendi* por la justicia, equidad, conveniencia o utilidad pública del beneficio. ¿Cómo no va a ser viable que el beneficiario graciado, compensado, causa de la excepción al *ius puniendi* exija impedir el recurso a la peligrosa excepción? Asimismo no cabe plantear más perjuicio a tercero derivado de la referida renuncia que el propio de la acción de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Renunciabilidad de la gracia por el beneficiario que igualmente entendemos del todo vinculada a las consideraciones sobre la naturaleza jurídica del indulto, y de la que deducimos un necesario reconocimiento al beneficiario del poder de disposición suficiente en orden a renunciar a aquello que, entendemos, ya está inexorablemente destinado a constituirse en un derecho de su exclusiva titularidad.

Destáquese que la doctrina mayoritaria italiana defiende la admisibilidad de tal renuncia entendiendo que su negación iría en contra del derecho constitucional a la defensa que tiene el sujeto graciado³⁵⁹.

El graciado tiene derecho a sufrir las consecuencias jurídicas desfavorables por las razones que él estime más convenientes, sin que pueda esgrimirse un pretendido interés general en la adopción de la decisión del poder público de que se trate por el mero hecho de ser tal tipo de poder. Ese “derecho” no es en realidad mas que uno de los derechos más básicos del individuo, el de libertad en su vertiente de la autonomía individual, es decir, la

³⁵⁹ En este sentido, FASSONE, E., clasifica la renuncia “no en el ámbito de los negocios de contenido abdicativo, sino en la figura del rechazo, de contenido potestativo”, en *La generalizzazione del diritto di rinuncia all'amnistia e suoi riflessi sulla costruzione giuridica dell'istituto*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1.971.

capacidad de autodeterminar para sí lo que el particular quiere y, en la medida que no se afecten derechos de otros o intereses generales, no cabría entender limitada esa capacidad de autodeterminación individual³⁶⁰.

J) EL SUPRIMIDO EFECTO DE LAS CONSECUENCIAS DEL DESTIERRO:

Fue aneja tradicionalmente a la concesión de la gracia la aplicación al indultado, por el tiempo que, a no haberlo sido, debería durar la condena, de la prohibición de residir en determinado o determinados lugares; en este sentido se pronunciaba originariamente el Código Penal de 1.870, el cual en su artículo 132, apartado 4º, disponía que “el indultado no podrá habitar por el tiempo que, a no haberlo sido, debería durar la condena, en el lugar en que viva el ofendido, sin el consentimiento de este; quedando en otro caso sin efecto el indulto acordado”. En favor de la conveniencia y justicia de la medida se pronunciaba GROIZARD en los siguientes términos: “la razón de este precepto se manifiesta por sí sola, y es aceptada desde luego por el buen sentido. La sociedad, que tiene el derecho de hacer gracia al reo, no debe lastimar en lo más mínimo el sentimiento de los ofendidos por el delito. Poner otra vez delante de sus ojos al culpable, antes de que haya cumplido la condena correspondiente a la agresión a daño que de él recibió, es siempre violento y puede causarle una sensación penosa. Para que el ofensor y el ofendido puedan habitar en estas condiciones en un mismo lugar, la ley ha querido, y ha querido bien, que preceda el consentimiento de éste; y como garantía de que su precepto no ha de ser eludido, ha añadido que en otro caso, es decir, en el de que el reo habite en el lugar en que viva el ofendido sin su consentimiento, quede sin efecto el indulto acordado”³⁶¹.

³⁶⁰ AGUADO RENEDO, C., en Problemas Constitucionales del Ejercicio de la Potestad de Gracia, op. cit., p. 187.

³⁶¹ GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, A., en El Código Penal de 1.870, concordado y comentado, Burgos, 1.872, t. II, pp. 588 y 589.

Posteriormente el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971 de 15 de noviembre vendría a disponer en su artículo 112.4º que “será aplicable al indultado, por el tiempo que a no haberlo sido debería durar la condena, lo dispuesto para el desterrado sobre lugares de entrada prohibida”; remisión que, sin perjuicio de que de la imprecisión de sus términos otra consecuencia se hubiera deseado, habría de entenderse referida a la prohibición de entrar a una distancia de 25 kilómetros al menos y 250 a lo más del lugar en que el reo delinquirió y el de residencia habitual del mismo y del perjudicado y sus parientes próximos, en virtud de lo preceptuado en su artículo 88. Cabe destacar que el artículo 88 citado, relativo a la pena de destierro, exige para la imposición de sus consecuencias al reo, la petición expresa del ofendido; siendo así, que resulta del todo impreciso delimitar si habría de ser igualmente exigible la petición expresa del ofendido para aplicar al indultado las consecuencias contenidas en el artículo 112.4º. Asimismo es destacable la cualificación de la medida en comparación con lo previsto en el homólogo de 1.870, por cuanto en éste la prohibición de residir se refiere únicamente al lugar en que viva el ofendido, mientras que en aquel la prohibición se extiende al lugar de comisión del hecho delictivo, de residencia del reo, del ofendido y de sus parientes.

Sistema de aplicación de los efectos del destierro al indultado que quedó finalmente suprimido con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/1995, 23 de noviembre, del Código Penal.

Es de significar la oportunidad, a nuestro parecer, de la derogación de tal efecto, en cuanto por una parte la aplicación de las consecuencias del destierro al indultado era del todo extrapolable o traducible a la imposición al indultado de las consecuencias o efectos de una pena³⁶²; de una pena, entendemos, ilícitamente impuesta al indultado en cuanto que el hecho de habersele remitido

³⁶² Resulta incuestionable la consideración del destierro como una pena, como así se desprende de lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971 de 15 de noviembre.

al reo la pena impuesta y no cumplir la condena no puede equipararse a un hecho susceptible de generar responsabilidad penal y en consecuencia una pena, es decir, con otras palabras que la remisión de la pena por vía del indulto no puede generar por sí sola una responsabilidad penal del reo susceptible de ser condenada. Ilícitud que asimismo, entendemos, deriva de la incompetencia del órgano del que emana, en cuanto el Gobierno está absolutamente deslegitimado para imponer y aplicar una sanción penal. Todo ello, sin perjuicio, claro está, de que tal consecuencia sea conducida como la aplicación de un indulto parcial por conmutación; si bien no existen visos de estar justificado su recurso, sino más bien parece ser consecuencia su imposición del “daño” ocasionado al ofendido derivado del indulto del reo.

Apuntamos, desde nuestra consideración, que en caso alguno el ofendido, con independencia de lo cualificado del daño que le haya podido ser ocasionado, ostenta derecho o poder de disposición alguno sobre el castigo del autor penalmente responsable; si bien todo lo más es titular de un derecho a la tutela judicial efectiva que bajo ningún concepto se extiende a un poder decisorio sobre la pena que ha de imponérsele al culpable; siendo así que en el supuesto de venir remitida la pena del autor penalmente responsable por el hecho delictivo, por la vía del indulto, no es oportuno considerar vulneración de derecho alguno titularidad del ofendido y mucho menos aun que el indultado sufra las consecuencias de una prohibición que castiga la tal supuesta, y siempre inexistente, vulneración.

Por su parte LLORCA ORTEGA, apunta que “la desaparición del destierro sustitutorio en el C.P. de 1995, solamente significa que su imposición ya no es, como sucedía en los Códigos Penales precedentes, preceptiva y automática a todo sujeto beneficiario de un indulto. Pero en la actualidad, no ha quedado proscrita su imposición, ya que, cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen, tanto el Ministerio Fiscal como el órgano judicial sentenciador, en sus propuestas, y el Consejo de Ministros, en la concesión, podrán introducir el mencionado destierro como condición específica para gozar de la gracia (“podrán además imponerse al penado en la concesión de la gracia las demás condiciones que la justicia, equidad o la utilidad pública aconsejen

(art.16)³⁶³). De esta forma, las dificultades que planteaba en la práctica esta medida quedarán orilladas en su mayor parte. Ahora bien dado el rango de pena que actualmente ostenta dicha interdicción (art. 48), su imposición como condición convertirá la gracia en indulto parcial, por conmutación, en cuyo caso su extensión habrá de ser tal que mantenga un rango inferior respecto del castigo indultado (arts. 4º y 12 L.I.), de acuerdo con la clasificación establecida en el art. 33, y ello aún reconociendo como discutible que dicho precepto contenga realmente una jerarquización de los castigos³⁶³.

No entendemos por contra que las condiciones a que se refiere el artículo 16 de la Ley 18 de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto se extiendan a la posibilidad de encubrir la imposición de una pena tal como la prohibición de residir en determinados lugares, así calificada por el artículo 33 del Código Penal; todo ello, sin perjuicio de que sea impuesta mediante el recurso a la conmutación de penas del indulto parcial, por vía del artículo 12 de la L.I. Se trata de una aplicación de la prohibición basada en una fundamentación y procedente de un recurso absolutamente divergente del que venía sirviéndose de sólo y con anterioridad a la entrada en vigor del Código Penal de 1.995, por cuanto la pena por la que se prohibía residir en determinados lugares, lugares de residencia del ofendido por el delito y sus parientes próximos, traía origen en una pseudo responsabilidad criminal del reo nacida a raíz de la concesión del indulto, por el supuesto daño que la exención de su pena por el autor generaba en el ofendido, como si el ofendido fuera titular de algún derecho a la pena del autor que era vulnerado por éste en el caso de remitir su pena por el recurso al indulto; sin embargo las posibilidades de aplicación de la pena de residir en determinados lugares que son susceptibles de generarse tras la concesión del indulto ya no descansan, tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995, en tan superada consideración, en cuanto no son producto de un supuesto daño al ofendido por la concesión del indulto del autor, sino que son conductoras de una penalidad de menor consideración que la que porta la condena indultada,

³⁶³ LLORCA ORTEGA, J., op. cit., p. 126.

de modo tal que su imposición deriva del recurso a la conmutación de penas en el seno del indulto parcial.

K) EL POSIBLE EFECTO SUSPENSIVO EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA POR LA SOLICITUD DE INDULTO:

La Ley 18 de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, con un contenido en parte extemporáneo por la alusión a la pena de muerte, desterrada de nuestro Ordenamiento Jurídico³⁶⁴, sienta la regla general por la cual con la solicitud de indulto no se suspenderá la ejecución de la pena, así su artículo 32 dispone: “La solicitud o propuesta de indulto no suspenderá el cumplimiento de la sentencia ejecutoria, salvo el caso en que la pena impuesta fuese la de muerte, la cual no se ejecutará hasta que el Gobierno haya acusado el recibo de la solicitud o propuesta al Tribunal sentenciador”.

La sentencia penal, como bien es sabido, ha de ejecutarse de inmediato, tan pronto como la misma haya alcanzado su firmeza; así viene consagrado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tanto en sus normas relativas al procedimiento abreviado³⁶⁵, al procedimiento para el enjuiciamiento rápido de

³⁶⁴ La Constitución Española de 1.978 abolió la pena de muerte “salvo lo que puedan disponer las leyes militares para tiempos de guerra” (art. 15); quedando tal recurso del todo desterrado con la aprobación de la Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra.

³⁶⁵ Artículo 794 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: “Tan pronto como sea firme la sentencia, se procederá a su ejecución por el Juez o por la Audiencia que la hubiera dictado, conforme a las disposiciones generales de la Ley, observándose las siguientes reglas: 1. Si no se hubiere fijado en el fallo la cuantía indemnizatoria, cualquiera de las partes podrá instar, durante la ejecución de la sentencia, la práctica de las pruebas que estime oportunas para su precisa determinación. De esta pretensión se dará traslado a las demás para que, en el plazo común de diez días, pidan por escrito lo que a su derecho convenga. El Juez o Tribunal rechazará la práctica de pruebas que no se refieran a las bases fijadas en la sentencia. Practicada la prueba, y oídas las partes por un plazo común de cinco días, se fijará mediante auto, en los cinco días siguientes, la cuantía de la responsabilidad civil. El auto dictado por el Juez de lo Penal será apelable ante la Audiencia respectiva. 2. En los casos en que se haya impuesto la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, se procederá a la inmediata retirada del permiso y licencia habilitante, si tal medida no estuviera ya acordada,

determinados delitos³⁶⁶, al procedimiento para el juicio sobre faltas³⁶⁷ o al procedimiento sumario ordinario³⁶⁸; si bien esta regla general cobija excepciones a la luz de contados supuestos, así, por una parte, los enumerados y regulados en la Sección 1, del Capítulo III, del Título III de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, con la rúbrica “De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad”, artículos 80 a 87, y, por otra, dos supuestos específicos derivados de la petición de indulto, contenidos y desarrollados en el apartado 4 del artículo 4 del Código Penal, en el cual se dice que “Si mediara petición de indulto, y el Juez o Tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada. También podrá el juez o tribunal suspender la ejecución de la pena, mientras no se resuelva sobre el indulto cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad de éste pudiera resultar ilusoria”.

dejando unido el documento a los autos y remitiendo mandamiento a la Jefatura Central de Tráfico para que lo deje sin efecto y no expida otro nuevo hasta la extinción de la condena”.

³⁶⁶ Artículo 803.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: “Tan pronto como la sentencia sea firme se procederá a su ejecución, conforme a las reglas generales y a las especiales del artículo 794”.

³⁶⁷ Artículo 974.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: “La sentencia se llevará a efecto inmediatamente transcurrido el término fijado en el párrafo tercero del artículo 212, si no hubiere apelado ninguna de las partes y hubiere transcurrido, también, el plazo de impugnación para los ofendidos y perjudicados no comparecidos en el juicio”.

³⁶⁸ Artículo 988, párrafo 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: “Hecha esta declaración, se procederá a ejecutar la sentencia aunque el reo esté sometido a otra causa, en cuyo caso se le conducirá, cuando sea necesario desde el establecimiento penal en que se halle cumpliendo la condena al lugar donde se esté instruyendo la causa pendiente.”; y Artículo 990 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: “Las penas se ejecutarán en la forma y tiempo prescritos en el Código Penal y en los reglamentos. Corresponde al Juez o Tribunal a quien el presente Código impone el deber de hacer ejecutar la sentencia, adoptar sin dilación las medidas necesarias para que el condenado ingrese en el establecimiento penal destinado al efecto, a cuyo fin requerirá el auxilio de las Autoridades administrativas, que deberán prestárselo sin excusa ni pretexto alguno. La competencia del Juez o Tribunal para hacer cumplir la sentencia excluye la de cualquier Autoridad gubernativa hasta que el condenado tenga ingreso en el establecimiento penal o se traslade al lugar en donde deba cumplir la condena. Los Tribunales ejercerán además las facultades de inspección que Leyes y Reglamentos les atribuyan sobre la manera de cumplirse penas.”

Pues bien del heterogéneo conjunto de excepciones al principio general de ejecución inmediata de la pena, nos centraremos en los dos últimos supuestos enunciados, adscritos al ámbito de la gracia, por exceder los restantes del objeto de este estudio.

Originariamente se suscitó una discusión doctrinal, finalmente salvada, a la luz de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2 de la Ley de 18 de junio de 1870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, por el cual quedan exceptuados del indulto “los que no estuvieren a disposición del Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la condena”, en virtud de lo cual se planteó si con el precepto se podía extender la exigencia, para el solicitante de la gracia, de encontrarse ingresado en el centro penitenciario. Planteamiento del todo inocuo e inconexo³⁶⁹ en cuanto todo lo más que exige el apartado 2 del artículo 2 es que el solicitante no desprece con sus actos, entorpezca o evada la acción de la justicia, impidiendo el cumplimiento de sus determinaciones o colocándose fuera de su alcance, sin que en modo alguno se pueda deducir de su imperativo que el solicitante de la gracia se encuentre cumpliendo de forma efectiva la condena.

Al respecto se pronuncia LLORCA ORTEGA, quien entiende que “ni lo dice ni tenía por qué decirlo, puesto que lo consagrado en este precepto es el principio de que no pueda implorar la gracia quien desaira a la justicia, esto es quien la entorpece desobedeciendo sus determinaciones o colocándose fuera de su alcance. Esto es, lo que se propone el legislador, a través del art. 2.2º, no es otra cosa que excluir del indulto a quienes no se encuentran a

³⁶⁹ Este desacertado planteamiento queda denunciado en la Instrucción nº 5/1992 de la Fiscalía General del Estado, según la cual del art. 2º.2º de la L.I. no se infiere la necesidad de ingresar en prisión para que se tramite el indulto, así dice que “creemos que actualmente hay que hacer una lectura constitucional del precepto de la Ley de 1870, teniendo en cuenta que el art. 25 nº 2 de la Constitución Española establece que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientados hacia la reeducación y reinserción social”, lo que implica un fin humanitario del sistema punitivo del Estado, que debe evitar el ingreso en prisión, si ello es posible, de las personas rehabilitadas. Por ello, hay que interpretar la frase del art. 2 nº 2 de la Ley de 18-06-1870 en su verdadero sentido, y éste lo único que dice es que exceptúan de la posibilidad de ser indultados “los que no estuvieren a disposición del Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la condena”, pero dicho precepto, no exige el ingresar en prisión para que se tramite un expediente de indulto, y su lectura a la luz de la Constitución, supera los estrechos límites impuestos por la Real Orden de 24 de diciembre de 1914, redactada en el marco de una sociedad agraria, en la que no eran fáciles las comunicaciones”.

disposición del tribunal para el cumplimiento de la condena. Basta, pues, con que el reo se encuentre a disposición del Tribunal en espera de lo que éste decida en orden a la ejecución de la pena, que, por el momento, resulta legalmente imposible llevar a cabo. Todo lo expuesto entorno al art. 2º.2º de la L.I. en nada interfiere el contenido e los arts. 32 de la L.I., y 2.2º del C.P. de 1973, art. 4º del actual. Es evidente que el art. 2º de la L.I. no exige, para tramitar –y hasta conceder- el indulto, que el solicitante haya comenzado a cumplir la pena (o haya entrado en prisión, si de pena privativa de libertad se tratare)³⁷⁰.

Solución que no puede degenerarse en la impropia afirmación por la cual con la solicitud de indulto deviene *ipso iure* la suspensión de la ejecución de la pena; aspectos que habrán de ser determinados por lo dispuesto en los artículos 32 de la L.I. y apartado 3 del artículo 4 del Código Penal³⁷¹, expresiones de la regla general de no suspensión de la ejecución de la pena, y el apartado 4 del artículo 4 del Código Penal, que ampara diversas excepciones a la misma.

De lo dispuesto en los artículos 32 de la Ley 18 de junio de 1870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, y apartado 3 del artículo 4 del Código Penal, se infiere, como ya quedó apuntado, la voluntad del legislador de que los órganos judiciales, aun mediando petición de indulto, procedan a la inmediata ejecución de las sentencias. Esta cuestión ha sido reiteradamente abordada por el Tribunal Constitucional quien ha sentado una rígida e invariable doctrina al respecto llegando a postular que “incluso en el supuesto de que el Tribunal entendiese que el hecho no debiera ser penado, la ley le obliga a ejecutar la pena impuesta”³⁷².

³⁷⁰ LLORCA ORTEGA, J., op. cit., pp. 190 y 191.

³⁷¹ Apartado 3 del artículo 4 del Código penal: “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 reo.

³⁷² STC de 17 de marzo de 1.989.

Sin embargo, con la entrada en vigor de la ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, no sólo fue avalada y ratificada dicha regla general, sino que fueron introducidas, en el ámbito específico de la gracia, dos excepciones particulares a la ejecución de la pena, tales como:

a) Suspensión de la ejecución de la pena por dilaciones indebidas:

Este supuesto de suspensión de la ejecución de la pena, ante la solicitud de indulto y en tanto no se sustancie la misma, de existir dilaciones indebidas, viene constatado en el párrafo primero del apartado 4 del artículo 4 del Código Penal por el cual “si mediara petición de indulto, y el Juez o Tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada”.

Desacertada y ambigua nos parece la expresión seguida por el legislador por la que parece hacer depender la realidad de la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas del cumplimiento o no de la pena, cuando son realidades del todo inconexas, en el sentido de que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas resultará quebrado si la duración del proceso excede de manera anormal e injustificada, con total independencia de que se proceda o no a la ejecución de la pena. No obstante, y a pesar de lo anterior, el fundamento o la finalidad perseguida por el legislador con el precepto se denota claramente como un medio de respuesta ante la susodicha vulneración que obliga al órgano sentenciador a suspender la ejecución de la pena en tanto se sustancie la solicitud de indulto.

Sin embargo, la interpretación del párrafo primero del apartado 4 del artículo 4 del Código Penal queda dificultada tras el cambio de criterio jurisprudencial consensuado por el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1999, por el cual se estima más adecuado como

medio de reparación o compensación a la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas la aplicación de una atenuante analógica, en lugar del recurso a la gracia. Presupuesto que ha originado que determinados autores postulen que la concurrencia del reconocimiento de la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y la petición de indulto no es por sí suficiente como para fundamentar la suspensión de la ejecución de la pena; en este sentido LLORCA ORTEGA apunta que “para que proceda el acuerdo de suspensión de la ejecución de la pena, han de concurrir, a mi juicio, los siguientes requisitos: 1º Un reconocimiento judicial expreso de la existencia de dilaciones indebidas³⁷³, entendidas estas como vulneración del derecho fundamental del condenado; 2º Una petición de indulto, que tenga por finalidad reparar el perjuicio irrogado al condenado como consecuencia de las dilaciones indebidas. De aquí se deduce que si el órgano sentenciador ha apreciado una atenuante analógica en consideración a las repetidas dilaciones indebidas, estará fuera de lugar que formule, a la vez, una propuesta de indulto, ya que los efectos derivados de la vulneración del derecho fundamental habrán quedado agotados con la apreciación de la atenuante; si es el condenado quien formula la solicitud de indulto, tampoco procederá la suspensión de la ejecución de la pena, ya que si la gracia se postula en base a las dilaciones indebidas, estas ya habrán agotado su efecto, y si se fundamenta en otros motivos, la solicitud de gracia habrá de discurrir por cauces distintos de los previstos en el artículo 4º.4, pfo. 1º, sin que sea preceptiva la suspensión de la ejecución, que, insisto, podrá acordar el Juez o Tribunal si lo estima procedente (art. 4º.4, pfo. 2º C.P.), pero no con carácter preceptivo. En consecuencia ¿el artículo 4º.4, pfo. 1º (la preceptiva suspensión de la ejecución) ha quedado indirectamente sin efecto por el cambio de criterio jurisprudencial en orden a las dilaciones indebidas? A mi juicio, no. Cuando estas acontezcan en fase de ejecución o sean declaradas con posterioridad a la firmeza de la sentencia, y, en general, cuando por cualquier circunstancia ya no sea posible reparar el derecho fundamental del condenado a través de la

³⁷³ Esta declaración podrá realizarla el órgano que conozca del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, o el órgano superior por vía de recurso; y podrá estar referida a cualquiera de las fases del proceso (instrucción, juicio oral o ejecutoria).

apreciación de la atenuante analógica, habrá que recurrir a la petición de indulto, resultando preceptiva la suspensión de la ejecución de la pena”³⁷⁴.

A mi juicio, y compartiendo el criterio de LLORCA ORTEGA y las consideraciones alcanzadas por el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1999, entiendo del todo oportuno reconducir por la vía de la aplicación de la atenuante analógica las consecuencias de la minoración de la culpabilidad relativa que supone la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, todo ello en la medida de lo posible en virtud del momento procesal en que sean determinadas, y en detrimento del recurso a la gracia.

La gracia como institución de carácter excepcional o residual no sólo ha de ir avanzando hacia una mayor reglamentación de sus elementos, soltar definitivamente el lastre de lo arbitrario que le acucia insoslayablemente, sino que ha de alzar y remarcar aun mas su carácter excepcional, filtrando su recurso, cediendo la venia al *ius puniendi* del Estado, descargando, en definitiva, el contenido del instituto mediante la positivización en la ley penal de los motivos o presupuestos que fundamentan su recurso.

Retomando pues las consideraciones anteriores y en conclusión, el Tribunal Sentenciador, de concurrir las circunstancias indicadas, tales como determinación de la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y petición de indulto, habrá de acordar inexorablemente la suspensión de la ejecución de la pena; controvertible será, por el contrario, el supuesto en el que el Tribunal, pese a considerar la existencia de dilaciones indebidas, decide no instar la solicitud de indulto³⁷⁵. Decisión del órgano sentenciador que entendemos ajustada a Derecho, si bien de ser instada en ese caso la solicitud de indulto por cualquier otro de los sujetos legitimados, dicho órgano vendría obligado a decretar la suspensión de la ejecución de la

³⁷⁴ LLORCA ORTEGA, J., op. cit., pp. 196 y 197.

³⁷⁵ Destáquese en referencia la STS de 19 de enero de 1995, en la que la Sala, pese a entender la existencia de dilaciones indebidas en el proceso, no encuentra pertinente la petición judicial de indulto dada “la intensidad de la ofensa y el terror sufrido por la víctima”.

pena, por cuanto la suspensión consagrada en el párrafo primero del apartado 4 del artículo 4 del Código Penal tiene carácter preceptivo, de concurrir sus presupuestos, todo ello unido al hecho de que la citada disposición al exigir la petición de indulto no la limita a la instada por el órgano sentenciador, de modo que quedará cumplido el presupuesto, de mediar petición de indulto, con independencia del solicitante.

El acuerdo de suspensión será en todo caso impugnabile de no concurrir sus presupuestos, así como también será recurrible el acuerdo denegatorio de la suspensión de concurrir dichos presupuestos legales, dejando en este último caso expedita la vía de amparo ante el Tribunal Constitucional por la interconexión existente entre la suspensión de la ejecución de la pena y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

b) Suspensión de la ejecución de la pena ante la posible inoperancia del indulto:

Otro supuesto de excepción, en el ámbito del derecho de gracia, a la regla general de ejecución inmediata de las sentencias penales, viene contemplado en el párrafo segundo del apartado 4 del artículo 4 del Código Penal, por el cual “También podrá el Juez o Tribunal suspender la ejecución de la pena, mientras no se resuelva sobre el indulto cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad de esta pudiera resultar ilusoria”. Excepción que, cabe señalar, a diferencia de la contemplada en el párrafo primero, es potestativa para el órgano sentenciador de concurrir los presupuestos prefijados en el artículo citado.

Cabe distinguir entre los presupuestos exigidos por el párrafo segundo del apartado 4 del artículo 4 del Código Penal en orden a acordar la suspensión de la ejecución de la pena por el órgano sentenciador, por una parte, que medie petición de indulto, petición de indulto que nada dice el precepto acerca de la necesidad de que sea instada por el propio órgano jurisdiccional, de lo que se puede determinar que será exigible que sea instada la solicitud de

indulto con independencia del solicitante y, por otra parte, que de ser ejecutada la sentencia la finalidad del indulto pudiera resultar ilusoria, haciendo una clara remisión a los supuestos de penas de corta duración y de penas de ejecución instantánea.

1. Las penas de corta duración:

Si bien es cierto que la ejecución inmediata de una pena de corta duración puede suponer la inoperancia e ineficacia de una ulterior decisión graciosa, tan bien lo es el hecho de que el legislador ha querido propiciar, por lo general y aunque, evidentemente, por diferente fundamentación que la de evitar la inoperancia del indulto, la suspensión de la ejecución de las penas de corta duración, como queda prevenido en la Sección 1, del Capítulo III, del Título III de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, con la rúbrica “De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad”, así, entre otros, el apartado 1 del artículo 80 viene a disponer que “Los jueces o tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años mediante resolución motivada”.

De modo que, sin perjuicio de que los supuestos de suspensión de la ejecución de las penas establecidos en los artículos 80 y siguientes del Código Penal no abarquen la totalidad de los casos de suspensión de la ejecución de las penas de corta duración, en orden a amparar que la posible ejecución de la sentencia, mediando petición de indulto no haga la finalidad de éste inoperante o ilusoria, lo cierto es que, en determinados supuestos en los que se haya instado solicitud de indulto de penas de privación de libertad de corta duración, la suspensión de su ejecución, en su caso potestativa para el Juez o Tribunal, podrá devenir, aunque con diferente fundamentación, por la vía de la Sección 1, del Capítulo III, del Título III del Código Penal, o bien por el recurso a lo preceptuado en el párrafo segundo del apartado 4 del artículo 4 del Código Penal.

Se plantea LLORCA ORTEGA en relación al supuesto de suspensión contemplado en el párrafo segundo del apartado 4 del artículo 4 del Código Penal, si de mediar petición de indulto sobre una pena de corta duración, habrá de procederse, en todo caso, a decretar la suspensión de su ejecución, a lo que se responde el autor con una negación, “y ello, en primer lugar, porque de haber deseado el legislador que así fuera lo hubiera indicado expresamente - en efecto, no hubiera hecho alusión a la posible consecuencia (resultar ilusoria la gracia concebida), como lo ha hecho, sino que hubiera indicado expresamente la causa (penas de corta duración) concreta de la posible inoperancia de la futura gracia, extremo este sobre el que ha guardado silencio-, y, en segundo lugar, porque tratándose de un factor -la corta duración de la pena- eminentemente objetivo, no hubiera dejado el acuerdo de suspender o no suspender la ejecución al criterio del Juez o Tribunal, como lo ha hecho (“también podrá el Juzgado o Tribunal suspender...”), sin que hubiera impuesto preceptivamente la suspensión, como lo ha hecho en el párrafo anterior, del art. 4º. 4 del Código Penal. Si, pues, el factor temporal ni es decisivo ni es el único a tener en cuenta por el Juez o Tribunal ¿Qué otros factores habrá de sopesar el órgano sentenciador para tomar el acuerdo de suspender o no suspenderla ejecución de la pena? A mi juicio, el órgano sentenciador, antes de pronunciarse sobre la suspensión o no suspensión de la ejecución de la pena impuesta, deberá examinar las probabilidades de éxito que, a su juicio, puede tener la solicitud de indulto, de modo que será la viabilidad, en opinión del Juez o Tribunal, de la postulación de la gracia, junto con la previsibilidad, en su caso, de que la concesión resultaría inoperante, los dos pilares que han de fundamentar su decisión. De este modo, entiendo, hay que coordinar los dos factores definitorios del acuerdo de suspensión: viabilidad de la solicitud de gracia y previsibilidad de inoperancia de su concesión (factor temporal)”³⁷⁶.

Entendiendo así que el órgano sentenciador acordará la suspensión de la ejecución de la pena conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado 4 del artículo 4 del Código Penal, de mediar petición de indulto sobre

³⁷⁶LLORCA ORTEGA, J., op. cit., pp. 199 y 200.

pena de corta duración, atendiendo a la viabilidad de la solicitud de gracia y la previsibilidad de la inoperancia de una ulterior concesión por la ejecución inmediata de la pena; en el supuesto de que la solicitud de indulto sea de iniciativa particular, será a éste a quien quede reservado la necesidad no sólo de solicitar la susodicha suspensión, sino de justificar los extremos que hagan conformar al órgano sentenciador la convicción o la previsibilidad de la indicada viabilidad de la petición de indulto, así como de la inoperancia que de ser ejecutada de forma inmediata la pena devendría sobre una ulterior concesión de la gracia.

2. Las penas de ejecución instantánea:

Existen penas en nuestro ordenamiento jurídico que, por su propia naturaleza y configuración, su ejecución se produce de forma instantánea, de modo tal que, de no ser suspendida dicha ejecución en tanto se sustancie el correlativo expediente de indulto, la decisión que de éste se derive, de ser estimatoria de la solicitud, devendría del todo inoperante e irrisoria. Así cabe señalar al respecto, como ejemplos de penas de ejecución instantánea, por un lado, la pena de inhabilitación absoluta por la cual, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41 del Código Penal, se “produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos. Produce, además, la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la condena”, y por otro, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, por la cual, y según lo dispuesto en el artículo 42 del Código Penal, se “produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere, aunque sea electivo, y de los honores que le sean anejos. Produce, además, la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena. En la sentencia, habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación”.

Penas que tienen el denominador común de cobijar dos consecuencias, así, por una parte, la privación definitiva del o los honores, empleos y/o cargos, y, por otra, la incapacidad para volver a obtener los mismos durante un período más o menos largo de tiempo (así como en el caso de la inhabilitación absoluta, la incapacidad para ser elegido para cargo público); distinción que, entendemos, adquiere especial relevancia en cuanto consideramos, sin que ello suponga obviar la aún latente y controvertida discusión doctrinal al respecto, que únicamente la primera consecuencia se nutre de la cualidad de constituir una pena de las llamadas de ejecución instantánea, por cuanto la segunda consecuencia, arriba indicada, la entendemos susceptible de ser remitida, por la vía del indulto, durante el transcurso del tiempo impuesto de incapacidad.

En cualquier caso, la suspensión será, al menos en lo relativo a la consecuencia de la privación definitiva del o los honores, empleos y/o cargos en el seno de las penas de inhabilitación, absoluta o especial, el único remedio para salvar la inoperancia e ineficacia de una ulterior decisión graciosa, por cuanto no son susceptibles de ser indultadas aquellas penas que ya han sido debidamente ejecutadas o cumplidas. Motivo que determinará que el órgano sentenciador, tienda en estos casos a acordar la suspensión de la ejecución de la pena si no pretende, de lo contrario, asumir prerrogativas de las que no es titular, negando así la posibilidad de que sean indultadas este tipo de penas.

10. LA APLICACIÓN DEL INDULTO:

Una vez dictado, en su caso, el Real Decreto de concesión de indulto, y debidamente publicado en el Boletín Oficial del Estado, habrá de procederse a su oportuna aplicación, potestad que queda reservada indispensablemente, como dispone el artículo 31 de la Ley de 18 de junio de 1870, por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, al Tribunal sentenciador.

Se sustenta un denso y controvertido debate doctrinal acerca de las facultades que ostenta el Tribunal sentenciador en relación a la aplicación del indulto, es decir, si la potestad del Tribunal sentenciador se ha de limitar a la aplicación de la gracia *stricto sensu* como mero ejecutor de la decisión gubernamental, o bien si de la aplicación se deduce un haz de facultades que infiere, entre otras, al órgano judicial la posibilidad de controlar la legalidad del acto, así como del procedimiento de indulto. En el presente epígrafe nos limitaremos al estudio de la estricta e incontrovertida aplicación de la gracia, postergando y remitiendo el examen y discusión relativo a los posibles vicios que pueden irrumpir la validez del acto de concesión, su posible declaración de nulidad, así como el relativo a las facultades de control sobre el acto y procedimiento de indulto, que son susceptibles de serle reconocidas al órgano sentenciador, como facultades anejas a la aplicación de la decisión graciosa, así como su consecuente legitimidad para oponerse a la susodicha ejecución, al epígrafe correspondiente del capítulo relativo al control del indulto particular.

Por tanto, para el supuesto de que el Real Decreto de concesión no adolezca de ningún vicio que irrumpa o altere su validez, la estricta aplicación de la gracia conllevará para el órgano sentenciador la práctica de determinadas diligencias.

Así, para el supuesto de tratarse de un indulto llamado total (remisión de todas y cada una de las penas a que hubiese sido condenado el reo y aún no hubiese cumplido), el Tribunal sentenciador habrá de declarar la extinción de las citadas penas, y siendo alguna de ellas privativa de libertad y hallándose el indultado ingresado en el respectivo centro penitenciario, el órgano sentenciador habrá de expedir mandamiento de libertad que remitirá al citado centro, procediendo el Director del Establecimiento Penitenciario a la excarcelación tan pronto como éste sea recibido por escrito³⁷⁷.

En el caso de que el indulto concedido sea el denominado como parcial, su aplicación requerirá una actuación un tanto más cualificada por parte del Tribunal sentenciador, en cuanto habrá de proceder a realizar una nueva liquidación de la condena respecto de aquella o aquellas penas que han resultado parcialmente eximidas, conservando su entidad propia, a sus respectivos efectos oportunos, por una parte la pena impuesta en la sentencia y, por otra, la pena resultante tras la liquidación. Destáquese que la pena impuesta en la sentencia conserva, a priori, su virtualidad en orden a institutos tales como la suspensión de la ejecución de la pena del artículo 80 del Código Penal, y digo a priori en cuanto ha sido éste el parecer constante y pacífico de la doctrina hasta el Auto de 29 de mayo de 2.001, dictado por el Tribunal Supremo, por el cual mantiene una posición favorable a la posibilidad de conceder la suspensión de la pena reconocida en la Sección Primera del Capítulo III del Título III del Código Penal, en virtud de la pena resultante de la nueva liquidación (no de la pena impuesta en la sentencia), cuando ésta fuera no superior a dos años, y en el supuesto de que el indultado no hubiera iniciado su cumplimiento.

Posición que no compartimos dada la inconsistencia de sus argumentos; así pues, si nos detenemos en otra de las causas de extinción de la responsabilidad criminal, tal como el cumplimiento de la condena, según lo

³⁷⁷ Artículo 25 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario: "Cuando la liberación definitiva de los penados se produzca por aplicación de medidas de gracia, el Director del centro se abstendrá, en todo caso, de poner en libertad a los penados sin haber recibido orden o mandamiento por escrito del Tribunal sentenciador".

dispuesto en el apartado 2 del artículo 130 del Código Penal, en la que durante el cumplimiento igualmente interaccionan, aunque sólo sea en un sentido figurado, por una parte, la pena impuesta en la sentencia y, por otra, las penas resultantes tras ser progresivamente liquidadas por el respectivo y sucesivo cumplimiento de la pena, es la pena impuesta, y no las resultantes de las respectivas liquidaciones, la que opera a los efectos de la suspensión del artículo 80 del Código Penal; a modo de ejemplo, si un delincuente es condenado a tres años de prisión, transcurridos un año y dos meses de cumplimiento, no sería en caso alguno susceptible de aplicársele, a posteriori, la susodicha suspensión, por ser la pena impuesta en la sentencia, y no la resultante, la que adquiere virtualidad a dichos efectos.

No obstante, concedido el indulto parcial, el órgano judicial habrá de practicar nueva liquidación de la condena, que a los efectos de la libertad condicional, el artículo 193 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario dispone que: “Para el cómputo de las tres cuartas partes o, en su caso, dos terceras partes de la pena, se tendrán en cuenta las siguientes normas: 1. El tiempo de condena que fuera objeto de indulto se rebajará al penado del total de la pena impuesta, a los efectos de aplicar la libertad condicional, procediendo como si se tratase de una nueva pena de inferior duración. 2. Cuando el penado sufra dos o mas condenas de privación de libertad, la suma de las mismas será considerada como una sola condena a efectos de aplicación de la libertad condicional, Si dicho penado hubiera sido objeto de indulto, se sumará igualmente el tiempo indultado en cada una para rebajarlo de la suma total”.

Si antes anunciábamos la mayor cualificación de la actuación del órgano sentenciador en orden a aplicar el indulto, cuando éste fuera de los calificados como parcial, aún serán más cualificadas las diligencias a practicar por este órgano cuando se trate de aplicar un subtipo de aquel, tal cual es el indulto llamado por conmutación; en este caso, el Tribunal sentenciador habrá de proceder a extinguir la ejecución de la pena sustituida, así como decretar la ejecución de la pena sustituta, tras practicar la oportuna liquidación de la

condena; liquidación que, en caso alguno, supondrá el abono del tiempo de cumplimiento de la pena impuesta en la ejecución de la pena sustituta.

Destáquese, por último, el supuesto de que el Tribunal sentenciador tenga por objeto la aplicación de la concesión de un indulto condicionado; en este caso, el órgano sentenciador habrá de aseverar el previo cumplimiento de la condición por el penado, antes de proceder a la debida ejecución de la gracia, en los términos prevenidos en el artículo 17 de la Ley de 18 de junio de 1.870, por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto³⁷⁸, asumiendo en este caso las competencias en orden a conocer las posibles incidencias relativas a la determinación y cumplimiento de las citadas condiciones, en todo aquello que no hubiera sido suficientemente explicitado en el Real Decreto de concesión.

³⁷⁸ Artículo 17 de la Ley de 18 de junio de 1.870, por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto: “El Tribunal sentenciador no dará cumplimiento a ninguna concesión de indulto cuyas condiciones no hayan sido previamente cumplidas por el penado, salvo las que por su naturaleza no lo permitan”.

CAPÍTULO CUARTO:

DEL CONTROL DEL INDULTO PARTICULAR:

No solamente se erige el control sobre el ejercicio de la potestad de la gracia de indulto en título y, por ende, en objeto esencial de estudio del presente trabajo, entiendo el control como la más elevada y exigible garantía de su ejercicio.

El instituto de la gracia de indulto, como ha quedado expuesto a lo largo de este estudio, cuenta con antecedentes históricos cuasi remotos, ha sobrevivido a muy diferentes sistemas de organización política, adaptando para ello sus contornos, incluso, en ocasiones, modulando sus fines, encontrando, quizá, en los regímenes absolutistas su contexto idóneo, su mayor operatividad, diversas definiciones, donde su ejercicio apenas se encontraba acotado por limitaciones.

Sin embargo, su supervivencia a las rígidas exigencias del Estado Social y Democrático de Derecho, constituido tras la promulgación de la Constitución Española de 1.978, devino en la necesidad de minorizar su alcance, desvincularse de aquellas definiciones que identificaban la gracia como una forma de manifestar o ensalzar las dimensiones de un poder absoluto, condicionarse a la exigencia de servir, únicamente y con carácter subsidiario, a la realización de la justicia al caso concreto, y, fundamentalmente, en la necesidad de someter su ejercicio al inderogable e inexcusable control de su legalidad.

Tarea, esta última, que, entiendo, aún no está concluida, tras más de veinticinco años desde la promulgación de la Constitución Española de 1.978. Se hace por ello inaplazable, la adecuada configuración y correcta delimitación

de los mecanismos de control sobre el ejercicio de la gracia de indulto que garanticen el efectivo cumplimiento de los fines a los que sirve.

En ningún caso, entendemos, es dable considerar aquellas voces que se alzan invocando y aduciendo un insustancial e inconsistente carácter especial del instituto, a los efectos de cobijar en él, el pretexto para eludir el inexcusable control de su legalidad.

En consecuencia, partiendo de la, a mi entender, naturaleza eminentemente administrativa del procedimiento de indulto, y, por ende, de los actos que lo conforman, hemos tratado de acreditar la oportunidad de la impugnabilidad de los mismos a través del sistema de recursos administrativos, así como de determinar la competencia del o los órganos jurisdiccionales a los que ha de quedar atribuidos el conocimiento del control de la legalidad de los actos dictados en el ejercicio de la potestad de gracia; todo ello, sin perjuicio del control político efectuado por el Parlamento sobre el acto de indulto, como acto emanado del Poder Ejecutivo, del que nos ocuparemos en el primero de estos epígrafes.

1. EL CONTROL POLÍTICO DEL INDULTO:

Hemos de partir este epígrafe, quizá el más consensuado y “aprobemático” de cuantos son abordados en este Capítulo, con la afirmación de que el acto de indulto, como acto del poder ejecutivo, objeto de propuesta y refrendo por el Ministro de Justicia y de deliberación por el Consejo de Ministros, es susceptible de control político; presupuesto que es comúnmente aceptado por un sector mayoritario de la doctrina, destacándose en este sentido a autores como LÓPEZ AGUILAR, quien significa que “siendo la administración del derecho de gracia un acto discrecional típicamente ejecutivo del que políticamente responde el Gobierno (arquitecto, impulsor y ejecutor de una “política interior” de la que responde ante las Cortes Generales), resulta forzoso inferir que tal actuación se encuentra, como otras muchas, sometida al principio del *control parlamentario*”³⁷⁹.

Control político en referencia al control parlamentario que, y siguiendo a ARAGÓN REYES³⁸⁰, se extiende tanto al efectuado *por* el Parlamento como órgano, cuando el control deriva de la adopción de una medida, generalmente una moción o proposición no de ley, votada por la mayoría necesaria, como al efectuado *en* el Parlamento como institución, cuando no llega a adoptarse la medida por falta de la mayoría exigida, pero en cualquier caso el control llega a tener lugar por el hecho de haberse planteado en sede parlamentaria y haberse discutido, con el consiguiente conocimiento por el electorado.

La significación del control político, apunta AGUADO RENEDO, “deviene de su propio carácter: frente al del control jurídico, que es objetivo, el carácter

³⁷⁹ LÓPEZ AGUILAR, J. F., Una reflexión a propósito del control parlamentario del ejercicio del derecho de gracia, en Revista de las Cortes Generales, núm. 37, 1.996, p. 336.

³⁸⁰ ARAGÓN REYES, M., Constitución y control del poder, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1.995, pp. 170 a 174.

del control político es “subjetivo”, de manera que el parámetro a utilizar en él es “no objetivado, disponible y no necesariamente preexistente³⁸¹”, es decir, tal parámetro consiste en “juicios de valor”³⁸². En definitiva, lo que tiene lugar en este control, es “el choque entre dos voluntades. Basta con que la actuación del poder no le parezca “oportuna” al agente del control; no goce, simplemente de su “confianza”.... La valoración se efectúa con absoluta libertad de criterio”³⁸³. Por lo tanto, el control político, así entendido, no tiene necesariamente que adaptarse a los criterios que, al menos de acuerdo con la lógica, deben observarse para conceder la gracia. Quiere decirse que, aun concedida en una o varias ocasiones de forma claramente objetiva, la crítica política puede producirse igualmente (p. ej., por entender que el momento en que se ejerció no era el más oportuno, etc.)”³⁸⁴.

Control que, en todo caso no olvidemos, tiene por objeto la posible determinación de la responsabilidad política del Gobierno como órgano constitucional al que, de acuerdo con el art. 97 CE, corresponde la dirección de la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado, así como ejercer la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes.

Para ello, las Cortes Generales podrán hacer efectivas las facultades que la Constitución Española le confiere en los artículos 109 y siguientes, tales como la formulación de preguntas, interpelaciones, petición de informes y comparecencias, ..., y como consecuencia de ello, iniciativas, tales como la moción, proposición no de ley,..., cauces por los cuales se materializa la exigencia de la susodicha responsabilidad política.

³⁸¹ Como lo describe ARAGÓN REYES, M., Constitución y control del poder, op. cit., p. 150.

³⁸² Por remisión a lo suscrito por GARCÍA FERNÁNDEZ, J., El Gobierno en acción, en Cuadernos y Debates, núm. 57, BOE-C.E.C., Madrid, 1.991, p. 150.

³⁸³ Por remisión a lo expresado por ARAGÓN REYES, M., Constitución y control del poder, op. cit., p. 150.

³⁸⁴ AGUADO RENEDO, C., Problemas Constitucionales del Ejercicio de la Potestad de Gracia, op. cit., pp. 193 y 194.

Responsabilidad política que en definitiva, no supone, en ningún caso, una alternativa a la responsabilidad jurídica, que discurrirá y será exigida de acuerdo con sus respectivos regímenes jurídicos específicos.

Sin embargo, el ejercicio del control parlamentario no es en ningún caso ilimitado, pues ha de discurrir inexorablemente entre acotados márgenes, así, por un lado, la responsabilidad política del Gobierno ha de referirse en exclusiva a la del Gobierno en ejercicio, identificando, por contra, la responsabilidad política de Gobiernos anteriores con la llamada *responsabilidad histórica*, que es caracterizada por LÓPEZ AGUILAR, como “la responsabilidad política identificable y valorable no a parámetros político-constitucionales, sino en términos historiográficos o de perspectiva histórica”³⁸⁵. Y añade el autor, “un Gobierno es, por definición, *responsable* de lo que *ha hecho y/o hace*. La concepción constitucional del órgano que encabeza el Poder Ejecutivo y la Administración coloca en sus hombros, incontestablemente, *la responsabilidad política de sus propias decisiones y de sus actuaciones*, no la responsabilidad política deducible de actuaciones de Gobiernos anteriores (aun cuando puedan producirse en ellos identidades personales más o menos parciales en su composición), o de actuaciones practicadas en el curso de ejercicios anteriores y en legislaturas agotadas”³⁸⁶. Responsabilidad política que en virtud de su propia naturaleza, continúa, “sólo pervive en el curso de un mismo *mandato de investidura y durante el mantenimiento de una misma e ininterrumpida relación política de confianza interorgánica* (relación fiduciaria) *entre el Gobierno y las Cortes Generales*. Relación, por tanto, orgánica de responsabilidad que, por definición, se disuelve en el propio acto de su depuración ante quien se responde, ya por designación (destitución, remoción, dimisión o separación del cargo), ya por elección para un mandato representativo (con la disolución del órgano representativo y con nuevas elecciones)”³⁸⁷.

³⁸⁵ LÓPEZ AGUILAR, J. F., op. cit., p. 338.

³⁸⁶ LÓPEZ AGUILAR, J. F., Idem, pp. 338 y 339.

³⁸⁷ LÓPEZ AGUILAR, J. F., Idem, p. 339.

Control parlamentario que circunscrito a la facultad de indultar del Gobierno ha de adecuarse irrefutablemente al contenido y garantía de determinados derechos fundamentales del condenado, susceptibles de ser lesionados con su ejercicio, tales como el derecho al honor, la intimidad o la propia imagen, capilarizados en lo que, en el derecho comparado, se conoce como el “derecho a ser olvidado”, que concretado en el condenado se extendería al derecho a rehabilitarse a partir de un velo de discreción sobre sus antecedentes.

2. LA OPORTUNIDAD DEL SISTEMA DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS CONTRA LOS ACTOS DICTADOS EN EL EJERCICIO DE LA GRACIA DE INDULTO:

Deducida la naturaleza inequívocamente administrativa del procedimiento de indulto, se extrae la inmanente impugnabilidad de sus actos a través del sistema de revisión y recursos administrativos, prevenido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

Impugnabilidad de los actos que no sólo debemos entender circunscrita a los actos que ponen fin al procedimiento de indulto, bien acordando la concesión o bien acordando o presumiendo la denegación de la gracia, sino que ha de entenderse extensiva a la posibilidad de impugnación de los denominados actos de trámite, en el sentido fijado en el artículo 107 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, es decir, siempre que éstos decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento, produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

Impugnabilidad de los actos de indulto que será ejercitada a través de los mecanismos de revisión de oficio o mediante la interposición de los recursos potestativo de reposición o extraordinario de revisión, en sus respectivos supuestos.

Recurso potestativo de reposición que, huelga significar, habrá de estar referido a la concurrencia de alguno de los presupuestos de nulidad o anulabilidad de los actos, previstos en los artículos 62 y 63, respectivamente,

de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Es de destacar, asimismo, que la oportunidad circunscrita al caso concreto del recurso potestativo de reposición basado en la nulidad de los actos de indulto, deviene no sólo directamente de la naturaleza eminentemente administrativa del procedimiento de indulto y sus actos y, consecuentemente, de la aplicación subsidiaria de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sino que, igualmente, la citada oportunidad se podría inferir de lo aducido por la propia Ley de Indulto, de la que cabe deducir la posibilidad de la nulidad del acto de indulto, a la que inevitablemente le han de estar adscritos mecanismos o recursos que permitan invocarla y, consecuentemente, determinarla; mecanismos o recursos que inequívocamente pueden ser identificados con los anteriormente mencionados y prevenidos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

3. EL CONTROL JUDICIAL DEL INDULTO PARTICULAR:

A. DE LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DEL ACTO QUE PONE FIN AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE INDULTO:

Sin perjuicio de la oportunidad del sistema de recursos administrativos referidos al ámbito de los actos por los que se pone fin al procedimiento administrativo de indulto, debidamente tratada en el epígrafe anterior, lo cierto es que los mismos, tanto expresos como presuntos, se nutren de una naturaleza eminentemente administrativa, sin que quepa justificación alguna que los excluya del control de la jurisdicción contencioso-administrativa. En este sentido el artículo 2, en su apartado a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, atribuye el conocimiento tanto de las cuestiones que se susciten en relación con la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales como de los elementos reglados de los actos del Gobierno cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos, al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Si bien, por su parte, aunque la potestad de graciarse es una potestad marcadamente discrecional, su ejercicio está inexorablemente sujeto o limitado por un conjunto de elementos reglados. Así, igualmente, su ejercicio, es susceptible de lesionar o invadir determinado derecho fundamental, predominantemente el derecho a la igualdad reconocido en el artículo 14 de la CE, lo que suscitaría la meritada protección. De lo que se deduce, en principio, que tanto los supuestos de inobservancia de los elementos reglados por parte del Gobierno, como de vulneración de derechos fundamentales en el ejercicio de la potestad de gracia, quedarían insoslayablemente avocados al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por su parte, los actos administrativos por los que se pone fin al procedimiento administrativo de indulto, tanto estimatorios como

desestimatorios de la solicitud, tanto expresos como presuntos, son susceptibles de adolecer de un vicio de nulidad, tal y como se desprende de la propia Ley de 18 de junio de 1.870, por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto³⁸⁸, así como de la propia naturaleza administrativa del acto.

Es indudable que la actuación del Gobierno en el ejercicio de la prerrogativa de gracia, al igual que en el ejercicio de cualesquiera otras potestades administrativas, puede en ocasiones ser contraria al Ordenamiento Jurídico, y, por ende adolecer de la referida nulidad, véase así, a título de ejemplo, un Real Decreto por el que se concede un indulto que ha sido dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o incluso un acto por el que se deniega el indulto, lesionando al tiempo el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley del solicitante tras haber sido concedido en otros supuestos con presupuestos idénticos, entre otros. Vicios de nulidad que necesariamente han de ser advertidos y denunciados, así como contra los que ha de concederse la oportuna protección y garantía jurisdiccional, sin que sea dable postular que la especialidad de la gracia es tal que no le son vinculantes a su ejercicio los límites que el Ordenamiento Jurídico le impone al ejercicio de las restantes potestades administrativas, que no le es exigible el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas, que los actos por los que se pone fin al procedimiento no han de ser dictados por el órgano competente, entre otros, así como tampoco es dable mantener que el Derecho no prevé cauces por los que combatir tan patentes vulneraciones, así como por los que reestablecer sus perniciosos efectos. ¿O es que, por el contrario y como ejemplo, habría de ser condonado o pacíficamente aceptado y dotado de efectos, un Real Decreto por el que se concede un indulto de forma arbitraria, a sabiendas de su injusticia?

La idea de acto administrativo conlleva inexorablemente la posibilidad de su nulidad, y ésta a su vez, la de la posibilidad de su denuncia y control.

³⁸⁸ Término “nulidad” que encuentra previsión expresa en el artículo 5 de la Ley de 18 de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de indulto.

Nulidad que, en todo caso, ha de abarcar los supuestos contemplados en el apartado 1 del artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

Pues bien, una vez aceptada la necesidad de que el ejercicio de la potestad de gracia por el Gobierno, ha de adecuarse, en todo caso, a la Constitución y a las Leyes, que no puede sobrepasar, en modo alguno, lo discrecional para desvirtuarse en arbitrario, que no es el ejercicio de una potestad libérrima y descontrolada, que sus actos son susceptibles de ser nulos, y que, consecuentemente han de ser controlados, acaece la difícil tarea de determinar si es al órgano jurisdiccional contencioso-administrativo a quien corresponde en exclusiva el ejercicio del meritado control sobre los actos que ponen fin al procedimiento de indulto, o si bien, por el contrario, participa del mismo, y en qué supuestos, el órgano sentenciador a quien corresponde indispensablemente la aplicación de la gracia.

AGUADO RENEDO, se muestra, por su parte, partidario, de que el Tribunal Sentenciador asuma las facultades de control que quedan deducidas de sus competencias en orden a aplicar el indulto, atribuidas en el artículo 31 de la Ley de 18 de junio de 1.870, por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto. Precepto, que no entiende contradictorio con lo dispuesto en los artículos 58.1 de la LOPJ³⁸⁹ y 2.a) de la LJCA³⁹⁰, por la

³⁸⁹ Artículo 58.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: “La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo conocerá: En única instancia, de los recursos contencioso-administrativo contra actos y disposiciones del Consejo de Ministros, de las Comisiones Delegadas del Gobierno y del Consejo General del Poder Judicial y contra los actos y disposiciones de los órganos competentes del Congreso de los Diputados y del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo en los términos y materias que la Ley establezca y de aquellos otros recursos que excepcionalmente le atribuya la Ley”.

³⁹⁰ Artículo 2.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: “El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos”.

prevalencia de aquel en respuesta al criterio de especialidad, y añade que “diferenciar entre control y aplicación del indulto supondría una disociación entre ambas actividades que no aparece ni siquiera conceptualmente fácil, y porque, sin duda, el Tribunal sentenciador es el más idóneo para la aplicación del indulto y el control que tal aplicación comporta, al haber resuelto el caso y conocido, por ello, la situación del condenado, ahora beneficiado”³⁹¹.

Confundir o equiparar aplicación y control, sería a nuestro juicio altamente inoportuno, por cuanto conduciría a afirmar que únicamente los supuestos en que es estimada la pretensión de indulto quedarían afectos al citado control, ya que la aplicación sólo es operativa tras la oportuna concesión. Así nos manifestamos ciertamente contrarios a admitir que los supuestos de denegación de indulto escapen a limitación alguna, que pueden servirse de lo arbitrario para configurar su resultado, que pueden lesionar derechos constitucionales y libertades públicas, que pueden, en definitiva, ser nulos y no controlados y rechazados por el Ordenamiento Jurídico. Conclusión que inexorablemente nos conduce a afirmar que el control del acto que pone fin al procedimiento de indulto no se puede limitar al derivado de la aplicación.

Por su parte la Sala 3ª del Tribunal Supremo en diversas Sentencias, tales como la Sentencia de 18 de julio de 2.003 o de 3 de junio de 2.004, entre otras, parte de la consideración del indulto no como un acto administrativo ni como un acto cuasi reglado, sino como una facultad potestativa no susceptible de ser controlada ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, salvo cuando se incumplan los trámites esenciales para su adopción; es decir, circunscribe el control a los solos efectos de determinar la adecuación del procedimiento al preceptuado en la Ley de 18 de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, entendiéndose al tiempo competente en orden a su conocimiento.

³⁹¹ AGUADO RENEDO, C., Problemas constitucionales de la potestad de gracia: en particular, su control, op. cit., p. 910.

Posteriormente será la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2.005, la que impulsará, a nuestro entender un cualificado y acertado cambio jurisprudencial, en cuanto por una parte se deduce claramente la consideración del acto que pone fin al procedimiento de indulto como acto administrativo, y por otra, porque no circunscribe el control a la adecuación del procedimiento a lo preceptuado en la L.I.. La referida Sentencia dimana de un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución expresa del Consejo de Ministros de un recurso potestativo de reposición, a su vez, interpuesto contra la denegación, por el Consejo de Ministros, de un indulto, basándose para ello en una pretendida nulidad de pleno derecho de esta última resolución, nulidad de pleno derecho del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero. Pues bien, tanto el Consejo de Ministros como la Sala 3ª del Tribunal Supremo, admitieron sendas acciones, si bien no fueron estimadas, pero fueron admitidas, sin que se hubieran declarado incompetentes en orden a su conocimiento, sin que adujeran en momento alguno la inoportunidad de los recursos bien por tratarse de un acto de naturaleza no administrativa, bien por sobrepasar la pretensión los límites del control al invocar el recurrente una nulidad de pleno derecho del apartado 1 del artículo 62 referido y no una nulidad prevista y derivada de la L.I.

Por nuestra parte, comulgamos fielmente con una consideración del procedimiento de indulto, así como de todos sus actos, como de naturaleza eminentemente administrativa, conclusión que vemos reforzada, entre otros, por los fundamentos jurídicos esgrimidos en la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2.005, por la propia finalidad del apartado 1 del artículo 6 del Real Decreto 1879/1994, de 16 de septiembre, por el que se aprueban determinadas normas procedimentales en materia de Justicia e Interior, por el cual se trata de adaptar el procedimiento de indulto a lo preceptuado en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en lo relativo al plazo máximo de resolución y a los efectos del silencio administrativo, así como por la propia rúbrica y contenido de la Disposición

Adicional Vigésimo Novena de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, que con el título “Régimen jurídico aplicable a la resolución administrativa en determinadas materias”, considera al procedimiento de indulto a los efectos de adaptarlo a lo preceptuado en el artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Así de todo lo apuntado y concluido, y retomando lo concerniente al orden u órdenes jurisdiccionales competentes en orden al conocimiento del control y en qué supuestos, habremos de significar a modo de repaso, en principio, que entendemos un control amplio y no circunscrito a la adecuación del procedimiento a los supuestos de nulidad enunciados en la propia Ley de 18 de junio de 1.870, por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, sino un control que se extienda, asimismo, a todas las causas de nulidad invalidantes de los actos administrativos (dada la naturaleza eminentemente administrativa de los actos por los que se pone fin al procedimiento de indulto) previstas en los artículos 62 y 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y al tiempo, entendemos que la competencia en orden a su control se encuentra residenciada en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, concretamente, en la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, en virtud de lo preceptuado en el artículo 12.1.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, todo ello, sin perjuicio, de que le sean reconocidas al Tribunal Sentenciador facultades de control siempre derivadas de la aplicación del indulto, tal y como serán debidamente explicitadas posteriormente.

B. EL CONTROL DE LA MOTIVACIÓN DEL INDULTO COMO GARANTE DE DERECHOS Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES:

El control de la motivación del acto que pone fin al procedimiento de indulto supone, desde nuestra consideración, el más cualificado y trascendental control que puede y debe realizarse sobre el ejercicio de la gracia de indulto, en cuanto por el mismo queda restringida la potestad entre los márgenes de lo discrecional, impidiendo su extensión a lo arbitrario o ejercicio injustificado de la misma.

La motivación o última ratio por la cual el Gobierno decide conceder o denegar el indulto ha de estar debidamente conformada no sólo a los principios que inspiran y justifican la institución, sino a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico; el indulto es una institución eminentemente constitucional y su ejercicio supone tanto una excepción al principio de separación de poderes como al ius puniendi del Estado, excepciones que necesariamente han de estar avaladas, en un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro, por razones o motivaciones igualmente excepcionales, que no son susceptibles de ser improvisadas o determinadas de forma espontánea por el concedente, sino que han de estar ciertamente delimitadas y acotadas, siendo así del todo necesario y exigible el control que enunciamos como aquel que tiene por objeto la garantía de la correlación o adecuación de la razón de que se sirve el Gobierno para otorgar o denegar el indulto con las razones que legitiman su ejercicio.

Considero asimismo, como ya quedó advertido, que la motivación, además de impregnar una cualificada seguridad jurídica al procedimiento, se erige en escaparate de una actuación administrativa transparente y en vehículo de expresión de la legalidad de los actos, siendo el acto que pone fin al procedimiento administrativo especial de indulto susceptible de lesionar diversos derechos e intereses legítimos, al mismo tiempo que es susceptible de adolecer, entre otros, del invalidante vicio de nulidad.

Pues bien, la motivación no solamente se constituye en un medio privilegiado para avalar la lícita conformación de los actos administrativos, sino que se erige en la obertura de la necesaria posibilidad del control de legalidad de los mismos, impidiendo así que pudieran quedar inexplicable, ilícita e injustamente convalidados actos decaídos nulos.

La motivación de los actos administrativos es en esencia la privilegiada garantía de su licitud e idoneidad, así como el presupuesto que da oportunidad a la impugnación de los que vulneren derechos e intereses legítimos, de los que son producto de una parca y superada arbitrariedad y de aquellos que no reúnen los requisitos mínimos exigibles para producir los efectos que le han de ser propios.

En este mismo sentido se posicionan autores como FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ³⁹², quien entiende que es en la motivación o justificación donde descansa la diferencia entre arbitrariedad y discrecionalidad, ESPÍN³⁹³ quien suscribe que el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos consagra la proscripción de toda actuación carente de justificación, o PÉREZ FRANCESCH y DOMÍNGUEZ GARCÍA quienes apuntan que “la capacidad de motivar es lo que diferencia un acto arbitrario de uno discrecional y en consecuencia discrecionalidad no es sinónimo de no motivación, lo que nos lleva a afirmar que la no motivación de un indulto no supone el ejercicio de una facultad discrecional sino la enunciación de un acto arbitrario, constitucionalmente vedado”³⁹⁴.

³⁹² FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., en Arbitrariedad y discrecionalidad, Cuadernos Civitas, Madrid, 1.991 y, junto a este estudio, los demás que componen su obra recopilatoria De la arbitrariedad de la Administración, Civitas, 3ª ed. ampliada, 1999.

³⁹³ ESPÍN, E., en LÓPEZ GUERRA, L., e.a., “Derecho Constitucional, vol. I, 4ª ed. Tirant lo Blanc, 2.000, p. 75.

³⁹⁴ PÉREZ FRANCESCH, J. L., y DOMÍNGUEZ GARCÍA, F., en El indulto como acto del Gobierno: una perspectiva constitucional. (Especial análisis del “caso Gómez de Liaño”), Revista de Derecho Político, nº 53, Madrid, 2.002, p. 35.

Motivación o ausencia de la misma en los actos que ponen fin al procedimiento de indulto que son susceptibles de lesionar, entre otros, diferentes principios y derechos fundamentales, entre los que cabe destacar el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos³⁹⁵, reconocido y garantizado en el artículo 9.3 de la Constitución Española, el derecho a la igualdad ante la ley del artículo 14 o el derecho de petición del artículo 29.

Entendemos, como ya quedó significado en el epígrafe correspondiente al procedimiento de indulto, que tanto el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos como el derecho fundamental a la igualdad ante la ley, reconocidos y garantizados en los artículos 9.3 y 14 de la Constitución Española, habrían de desplegar sus efectos ante la denegación de una solicitud de gracia con unos presupuestos similares si no idénticos a otra solicitud con resultado favorable a su concesión, conclusión que haría no sólo conveniente sino exigible tanto la motivación en los Reales Decretos estimatorios como desestimatorios de la solicitud de gracia. Pues así las cosas, ¿qué ocurriría si en relación a un supuesto en el que se ha denegado la gracia, existen precedentes sustancialmente similares en los que se ha concedido? Parece claro, como ya apuntábamos, que estaríamos ante una evidente quiebra de los referenciados principios y derechos constitucionales.

Sin que ello sea óbice para entender que la igualdad en la aplicación de la ley que la Constitución garantiza y protege y dentro de la que ha de discurrir las facultades discrecionales del Gobierno, y entre ellas la de otorgar o denegar la gracia, no se extiende a la igualdad ante la ilegalidad, es decir no avala la pretensión de quien, hallándose en una determinada situación desfavorable, no se ve beneficiado por un igual trato en la aplicación de la ley que otro que se

³⁹⁵ Por su parte AGUADO RENEDO, C., entiende que “el contenido constitucional que aparece frontalmente vulnerado caso de ausencia de motivación o de motivación claramente insuficiente o inadecuada (cuál sea el grado suficiente de la motivación resulta, sin duda, el *quid* de la cuestión, y también sin duda el Gobierno tiene la presunción de que el ejercicio de la gracia tiene su justificación, pero es una presunción *iuris tantum* que queda destruida cuando la motivación no existe o cuando no hay apariencia de tal), es, fundamentalmente, el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, especificado en el art. 9.3.”, en Problemas constitucionales de la potestad de gracia: en particular, su control, op. cit., p. 912.

encuentra en la misma situación y a quien el aplicador del Derecho no le impone las consecuencias jurídicas que el ordenamiento determina (bien sea por distinta consideración jurídica de los mismos hechos, por distinta concepción del Derecho penal o administrativo sancionador o por mera negligencia o incuria). Este tratamiento beneficioso que ha obtenido el otro (*tertium comparationis*) no puede esgrimirse para solicitar la misma exención de las consecuencias jurídicas desfavorables, como ha reiterado constantemente el Tribunal Constitucional, pues la igualdad sólo cabe pretenderla en el marco de la legalidad.

Así, y en pro de lo argumentado anteriormente y a modo de repaso, nos aventuramos a concluir que las motivaciones esgrimidas para la concesión o denegación de la gracia son del todo vinculantes para el Gobierno de modo tal que acotan la referida facultad discrecional en el ejercicio de la decisión graciosa, sentándose a modo de precedentes que garantizan la no vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y el derecho a la igualdad, reconocidos y garantizados en los artículos 9.3 y 14 CE, respectivamente; discrecionalidad acotada por precedentes que, como ya apuntamos, sería deseable su sustitución por un sistema de ejercicio de la gracia con mayor tipificación y normalización de los elementos reglados, con la plasmación de conocidos criterios de concesión y de denegación de la gracia, desechando así un sistema de facto arbitrario acotado por precedentes pseudo vinculantes salvables con la simple exigencia de una fundamentación suficiente y razonable como requisito para alejarse de los mismos.

Por su parte, el Tribunal Constitucional es concluyente al afirmar que “la regla general de la igualdad ante la ley contenida en el artículo 14 de la Constitución, es asimismo igualdad en la aplicación de la ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable”³⁹⁶; y ello es así no sólo en

³⁹⁶ En este sentido la STC 49/1982, de 14 de julio, f. 2.

los supuestos evidentes, sino también justamente en aquellos en que las normas conceden facultades discrecionales a los órganos administrativos³⁹⁷. De modo que el Gobierno puede denegar el beneficio en un supuesto similar al que en una o varias ocasiones anteriores lo concedió, pero su actuación anterior le fuerza a buscar el argumento preciso, argumento que requiere un orden jurídico avanzado al que repugna el obrar sin razón o motivo, para entender como no arbitraria dicha decisión.

De lo dicho, entendemos que, naturalmente, la argumentación del indulto, que deberá ser *ad casum*, podrá llevar a denegar la gracia concedida en anteriores supuestos similares, pero teniendo en cuenta siempre que tal argumentación debe ser de suficiente entidad como para convencer, en su caso, a la instancia controladora a la que pudiera recurrir el solicitante del perdón que creyera vulnerado su derecho a la igualdad en la aplicación de la ley o el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Una vez determinada la inderogable necesidad y finalidad del control sobre la motivación de los actos por los que se pone fin al procedimiento de indulto, sucede la no menos difícil tarea de determinar la forma con la que opera dicho control y a que órgano queda atribuido su conocimiento.

Por nuestra parte entendemos que la injustificada motivación o ausencia de la misma en los actos que ponen fin al procedimiento de indulto, además de vulnerar los principios y derechos constitucionales anteriormente apuntados, supone, asimismo, la infracción de diversos preceptos con rango legal de los que se desprende la exigencia para el Gobierno del deber de motivar tales actos; y entre ellos, y sin perjuicio de entender implícito el mandato en el propio artículo 30 de la Ley de 18 de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, hemos de significar lo prevenido en el artículo 54.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, modificada por la Ley 4/1999, de 14 de enero, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por el cual “serán motivados, con

³⁹⁷ Así, la STC 144/1988, de 12 de julio, f. 1.

sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: (los actos) que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa”. De lo que deducimos que la tacha del incumplimiento del deber de motivación en el ámbito de los actos que ponen fin al procedimiento de indulto por parte del Gobierno, no ha de quedar únicamente circunscrita, como apuntan algunos autores, a la tacha de inconstitucionalidad, pues por lo apuntado, entendemos del todo oportuno el conocimiento previo de su control por los órganos jurisdiccionales correspondientes del orden contencioso-administrativo.

C. ESPECIAL REFERENCIA AL “CASO GÓMEZ DE LIAÑO”:

El llamado “caso Gómez de Liaño” ha pasado a constituirse en un referente de tratamiento obligado en cualquier estudio que se precie sobre el indulto, y muy especialmente sobre su control. Si harto prolíferos han sido los estudios y estudiosos habidos sobre el particular, no menos prolíferos eran y son los conflictos y controversias que su debate suscitó y sigue suscitando.

Se trata de un asunto que ha llamado poderosamente nuestra atención, y probablemente la de la mayor parte de los autores que lo han abordado, en cuanto supone la prueba palmaria tanto de las debilidades y deficiencias del sistema, quizás devenidas por la superposición e intromisión, injustificadamente aceptada, entre los diferentes poderes del estado, como de la inadecuación, en algunos de sus aspectos, del instituto del indulto a los principios y directrices del Estado Constitucional de Derecho, abanderada en gran parte por esa ilegítima y malaventurada intención de seguir proclamando los vestigios y retazos absolutistas de la institución de la gracia de indulto. Inadecuación que resalta precisamente cuando se tratan de hacer efectivos los mecanismos de control de la gracia.

Sin intención alguna de apresurarnos a dictaminar y prejuzgar los devenires del llamado “caso Gómez de Liaño”, si queremos significar, como fruto de nuestra más particular consideración, que los conflictos y discrepancias, desajustes y vacíos denunciados del sistema, que el asunto ha suscitado y suscita, están en estrecha conexión con la habida confrontación entre aquellos que basándose en una efímera e insustancial especialidad del instituto, defienden y legitiman un ejercicio caprichoso, arbitrario e incontrolado del mismo, reflejo de sistemas absolutistas, desde antaño superados y del todo incompatibles con el sistema actual, y aquellos que se empeñan por adaptar inexcusablemente el instituto del indulto a los principios y directrices del Estado Constitucional de Derecho, otorgando al Gobierno el ejercicio de una facultad discrecional bajo la observancia de elementos reglados y siempre controlada.

Autores como PÉREZ FRANCESCH y DOMINGUEZ GARCÍA, llegan incluso a plantear la urgente necesidad de una nueva Ley de Indulto, habida cuenta de que “el “caso Gómez de Liaño” ha mostrado como una regulación legal que deja las manos (casi) libres al Gobierno para ejercer el derecho de gracia puede hacer tambalear cimientos del Estado de Derecho como son la independencia del Poder Judicial o la separación de poderes”³⁹⁸.

Pasemos pues al relato cronológico y análisis detallado de este asunto tan especialmente particular:

La Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1.999, condenaba al Sr. Gómez de Liaño como autor penalmente responsable de un delito continuado de prevaricación, a raíz de la instrucción judicial del caso Sogecable³⁹⁹, en los siguientes términos: “Que debemos condenar y condenamos a D. Francisco Javier Gómez de Liaño y Botella como autor responsable de un delito continuado de prevaricación (...) cometido al dictar los tres autos que han sido objeto de esta causa, sin la concurrencia de

³⁹⁸ PÉREZ FRANCESCH, J. L., y DOMÍNGUEZ GARCÍA, F., op. cit., p. 29.

³⁹⁹ Concretamente por la adopción de medidas provisionales desproporcionadas contra los directivos del grupo empresarial de comunicaciones PRISA y persistir en el mantenimiento de dichas medidas a pesar de haber sido declaradas ilegales.

circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de dieciocho meses multa a razón de 1.000 ptas. diarias y a la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por el tiempo de quince años, con pérdida definitiva del cargo que ostenta y de los honores que le son anejos, así como con la incapacidad para obtener durante el tiempo de la condena cualquier empleo o cargo con funciones jurisdiccionales o de gobierno dentro del Poder Judicial o funciones jurisdiccionales fuera del mismo, así como al pago de las costas procesales producidas incluidas las de la acusación particular y excluidas las correspondientes a la acción popular.... Remítase testimonio de esta sentencia al consejo General del Poder Judicial a través de su Presidente.”; acordando la Sala la ejecución de la Sentencia mediante Auto de 18 de octubre de 1.999.

Por su parte el Sr. Gómez de Liaño, interesa del Tribunal Sentenciador la suspensión de la ejecución de la pena, anunciando, asimismo, la interposición de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y la presentación de una solicitud de indulto, alegando en favor de la suspensión que de no acordarse, el eventual indulto que pudiera concedérsele carecería de efectividad. Solicitud de suspensión que es denegada por el Tribunal Supremo mediante Auto de 28 de octubre de 1.999, basándose para ello en que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley de 18 de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, la solicitud de indulto no suspende el cumplimiento de la sentencia ejecutoria, añadiendo la, a nuestro entender, desacertada y confusa expresión por la que suscribe que “(...) la extensión de la pena aplicada y el hecho de que su ejecución no frustraría la finalidad perseguida con la solicitud de indulto, constituyen un argumento más para denegar la suspensión interesada”.

Una vez así, dictado el Auto de ejecución de la pena y denegada la suspensión interesada, la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, en sesión de fecha 26 de octubre de 1.999, acusa recibo de la comunicación del órgano sentenciador en la que se acordaba la ejecución de la Sentencia; decidiendo, por unanimidad, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en sesión de fecha 3 de noviembre de 1.999, dejar constancia de la

condena en el expediente del condenado, con fecha de inicio de la ejecución el propio día 3 de noviembre, comunicar dicho acuerdo al Ministerio de Justicia a los efectos económicos que procedan, poner en conocimiento de la Audiencia Nacional que el condenado ha quedado privado definitivamente del cargo que ostentaba en dicho órgano (titular del Juzgado de Instrucción Central número 1), acordándose el concurso para la provisión de dicha plaza, y comunicar ambas actuaciones al Tribunal Supremo. El Tribunal Supremo, posteriormente, decide dar por ejecutada la pena de inhabilitación especial “en lo concerniente a la privación definitiva del cargo y la consiguiente pérdida de la condición de magistrado del condenado”, aprobar la liquidación practicada en lo concerniente al tiempo de inhabilitación teniendo en cuenta el período en el que el condenado había estado suspendido de funciones, así como tener por ejecutada la pena de multa; decisión que es adoptada mediante Auto de 24 de noviembre de 1.999, que deviene firme al no ser impugnado por ninguna de las partes.

A ese tiempo se tramitaba el expediente de indulto solicitado, en el seno del cual se requirió por parte del Gobierno al órgano sentenciador a los efectos de emitir el preceptivo informe en los términos prevenidos en los artículos 23 y siguientes de la Ley de 18 de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, dando respuesta al traslado conferido el Tribunal Supremo con fecha 14 de junio de 2.000, en la que significa que la separación del cargo público ha de considerarse una pena ya cumplida, y, en consecuencia, no puede indultarse, dado que el artículo 4 de la L.I. limita el indulto a las penas “que todavía no hubiese cumplido el delincuente”. Expediente de indulto que concluye, a pesar del informe desfavorable del órgano sentenciador, con su concesión mediante el Real Decreto 2392/2000, de 13 de diciembre, del Consejo de Ministros, por el cual se dispone: “Vengo en indultar a Don Francisco Javier Gómez de Liaño y Botella, la pena de inhabilitación especial, con todas sus consecuencias, lo que supone el reintegro en la Carrera Judicial, manteniéndose, sin embargo, la incapacidad para desempeñar cargo en la Audiencia Nacional o en cualquier Juzgado de la misma, durante el plazo de veinticinco años desde la publicación del presente Real Decreto, a condición de que no vuelva a cometer delito doloso durante el

tiempo de normal cumplimiento de la condena”. Real Decreto que es publicado en el Boletín Oficial del Estado con fecha 21 de diciembre de 2000, remitiendo comunicación del mismo al Tribunal Supremo en orden a su aplicación conforme a lo prevenido en el artículo 31 de la L.I.

Por su parte, el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo se reúne el 8 de enero de 2.001, en su composición de “Sala General”, en orden a fijar los criterios a seguir; criterios que son reproducidos por la Sala del Tribunal Supremo llamada a la aplicación del indulto en el revelador y trascendente Auto de 18 de enero de 2.001 por el que se acuerda la aplicación parcial del indulto, dejando constancia de la opinión minoritaria vertida por los Magistrados disidentes, en forma de voto particular que suscribe el Presidente de la Sala; criterios que, por su denotada consideración, estimamos su reproducción en los siguientes extremos:

1. En cuanto al control judicial de los Reales Decretos de Indulto, la Sala afirma su inexcusable necesidad, habida cuenta que “el derecho de gracia supone una potestad extraordinaria de intervención de un Poder Estatal en el ámbito de competencia de otro, el Judicial, único al que corresponde, por Constitución y por ley, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (...). Por eso, el indulto es un acto con rasgos de atipicidad en el marco constitucional de derecho. En todo caso se trata de una prerrogativa sujeta a la ley y corresponde al Poder Judicial velar por la efectividad de esa sujeción, precisamente porque comporta cierta derogación del principio de generalidad de la ley penal y de los de independencia y exclusividad de la jurisdicción. Una vez constitucionalmente admitido, su uso está rodeado de cautelas, con objeto de procurar que esos efectos se produzcan del modo que resulte menos perturbador para la normalidad del orden jurídico”.

2. En cuanto al orden jurisdiccional competente para controlar la legalidad de los Reales Decretos de indulto, la Sala tras invocar lo dispuesto en el artículo 31 de la L.I., por el que se atribuye la aplicación del indulto al órgano sentenciador, advierte que es a éste órgano a quien ha de corresponder la función de controlar la referida legalidad; control que, añade, “es doble y

reforzado, en cuanto que se extiende por un lado a comprobar las condiciones impuestas al indultado y por otro a la posibilidad de valorar y examinar todas las estipulaciones que contiene el indulto, valoración que incluso puede determinar que el Tribunal, como hemos dicho, decida que la naturaleza de una condición no permite su cumplimiento, ordenando que, sin necesidad de que se cumpla, se aplique el beneficio”.

Asimismo señala que los actos de indulto, si bien son actos regios, éstos han de estar siempre refrendados, quedando de este modo la actuación del Gobierno sometida a lo dispuesto en el artículo 103.1 de la Constitución, al establecer que la Administración Pública sirve con objetividad, los intereses generales y actúa con arreglo a los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con “sometimiento pleno a la ley y al derecho”. Y suscribe que “la clave del arco del Estado de derecho pasa por el sometimiento al control Judicial de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican. Como señala la doctrina y la jurisprudencia, aun cuando nos encontramos ante un poder discrecional que administra el Poder Ejecutivo, por amplia que sea cualquier discrecionalidad, siempre será un “quid aliud” respecto de la ley, como cualquier otro producto administrativo, y estará por ello “sometida plenamente” a la Ley y al Derecho. El control judicial de la discrecionalidad es siempre un control de los elementos reglados con que la atribución legal de la potestad correspondiente ha sido atribuida. (...) En esta misma línea podemos señalar que, de acuerdo con el art. 106 CE, corresponde a los Tribunales controlar la legalidad de la actuación administrativa. La competencia para este control puede ser distribuida por el legislador entre los distintos órdenes jurisdiccionales. En materia de indulto, como ya se ha dicho, esas facultades han sido encomendadas al Tribunal sentenciador, dado que es el que, en la Ley de indulto, figura como titular de la función ejecutora. Lo decisivo, por lo tanto, es que el acto de indulto es –como todos los de la Administración- judicialmente controlable, que ese control sólo podría ejercerlo razonablemente el Tribunal que lo tiene que aplicar y, que la Ley de Indulto así lo establece. Pretender que, por tratarse de un acto emanado del Consejo de Ministros sería aplicable el artículo 58.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

es erróneo, toda vez que el art. 31 de la Ley de Indulto es una norma especial, en razón de la materia, que tiene una función bien precisa. En efecto, se trata, como ya se ha dicho, de una norma que distribuye las competencias en materia de indulto entre el ejecutivo y el judicial, con la finalidad de no alterar substancialmente la división de poderes que está en la base del sistema político de la Constitución”.

3. En cuanto al alcance y efectos del Real Decreto de Indulto sobre la pena de inhabilitación especial, la Sala tras enunciar uno de los presupuestos de todo indulto residenciado en el artículo 4 de la Ley de Indulto y por el cual, éste habrá de recaer sobre penas que “todavía no hubiese cumplido el delincuente”, se refiere a la posibilidad de que el indulto recaiga sobre la pena de inhabilitación especial, advertida en el artículo 6 de la Ley de Indulto, posibilidad que, en modo alguno, es cuestionada por el parecer de la Sala, que tan sólo prescribe la necesidad de concretar en que términos y condiciones se hace oportuna con arreglo a la Ley. Asimismo, apunta que “el artículo 42 del Código Penal, que es el que define y establece el alcance de la pena de inhabilitación especial, es claro y concluyente. La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere. Asimismo provoca la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena. (...) La Sala sentenciadora se ha ajustado a lo dispuesto en el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al señalar que hecha la declaración de firmeza “se procederá a ejecutar la sentencia”. Por su parte el artículo 32 de la Ley de Indulto establece que la solicitud o propuesta de indulto, no suspenderá el cumplimiento de la sentencia ejecutiva. Ello, no obsta para que, en determinados casos, pueda acordarse la suspensión del cumplimiento de la pena, para que la finalidad del indulto no pudiera devenir ilusoria”.

La Sala, asimismo, hace referencia a lo dispuesto en el Auto de 24 de noviembre de 1.999, por el que se acordaba, una vez recibidos los informes del Consejo General del Poder Judicial comunicando la separación definitiva del cargo, “tener por ejecutada la pena de inhabilitación especial en lo concerniente

a la privación definitiva del cargo y la consiguiente pérdida por el condenado de su condición de Magistrado”.

La Sala así entiende que “pretender que un indulto pueda dejar sin efecto también la privación definitiva del empleo o cargo va en contra de la literalidad del artículo 42 del Código Penal y del artículo 4 de la Ley de Indulto que sólo permite el indulto de la pena que todavía no se hubiese cumplido o ejecutado”.

La pena de inhabilitación especial, argumenta la Sala, “contiene una doble consecuencia punitiva, tal como se desprende de la literalidad del texto del artículo 42 del Código Penal. Una inmediata, que es la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere. Si la privación no operase de manera plena “ab initio” no sería definitiva, sino una forma de “suspensión de empleo o cargo público”. La consecuencia complementaria de la aplicación de la pena de inhabilitación especial, es la de señalar un período de tiempo durante el cual no se puede obtener el empleo o cargo sobre el que recayere u otros análogos. No se discute que el Gobierno tiene atribuciones para indultar esta fase de la pena, acortando o reduciendo totalmente el tiempo señalado en la sentencia condenatoria y, por lo tanto, estimamos que así debe ser tomado en consideración, a los efectos pertinentes sobre la liquidación de la condena practicada”.

4. En lo relativo al significado de la privación de empleo o cargo, la Sala invoca de nuevo el contenido del artículo 42 del Código Penal por el cual la pena de inhabilitación especial, no sólo produce la privación definitiva del empleo o cargo, sino también la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena. Así, en el caso de un Juez, apunta, “es incuestionable que la pérdida definitiva del empleo o condición judicial, lleva aparejada la privación del cargo que se ostentaba en función de la relación de empleo con la Administración de Justicia. Pretender que la inhabilitación especial afecta solamente al cargo y deja intacta la relación funcional o de empleo, es sostener que un Juez condenado por

prevaricación sólo pierde el cargo o destino y puede automáticamente pasar a otro distinto o, en su caso, ser elevado a un rango jurisdiccional superior.

5. En relación a los precedentes aplicables y los no aplicables, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, suscribe que “no existen precedentes de nuestra jurisprudencia que hayan admitido el indulto de penas de inhabilitación ejecutadas. En este sentido es conveniente aclarar que en las Ejecutorias 1/98 y 2/98 de esta Sala, correspondiente al Sumario conocido como caso Marey, se acordó el indulto parcial de la pena de inhabilitación de dos condenados, cuando esta parte de la pena todavía no había sido tenida por cumplida. El indulto dictado por el Consejo de Ministros el 23/12/98, tuvo lugar antes de que se recibieran en este Tribunal Supremo las comunicaciones correspondientes de las Administraciones Públicas en las que se diera cuenta del cumplimiento de la misma. En la fecha del indulto, según surge de la Ejecutoria 1/98, sólo se había dado cumplimiento a la inhabilitación absoluta en lo concerniente al cargo de Diputado (así se desprende del oficio del Excmo. Sr. Presidente del Congreso de los Diputados de 23-9-98), aspecto de la inhabilitación que no fue objeto del indulto. Por el contrario son de aplicación los precedentes establecidos en las SSTS citadas en el Informe de esta Sala en el Expediente de Indulto de 14-6-2000. En particular la STS 1069/88, en la que se dijo que “la pérdida de empleo y separación del servicio, de naturaleza permanente, una vez impuesta y cumplimentados los trámites correspondientes han de entenderse definitivamente ejecutadas y, por lo tanto, no son susceptibles de rectificación por aplicación retroactiva de la ley penal más benigna de las que sólo puede rehabilitarse en virtud de una ley”. Es evidente que si una ley penal más favorable no puede alterar una pena cumplida, menos podría hacerlo un acto de indulto. El Ejecutivo no puede más de lo que puede el Parlamento”.

6. En lo concerniente al supuesto conflicto de jurisdicción, la Sala mantiene que una vez determinado que el control de legalidad de los elementos reglados del acto de indulto corresponde al Tribunal sentenciador, “resulta evidente que el ejercicio de las facultades que la Constitución y la Ley

otorgan a esta Sala no puede generar ningún conflicto jurisdiccional. El control de legalidad de la actividad administrativa no corresponde más que a los Tribunales y, en todo caso, no hay actos excluidos de este control, ni otros poderes del Estado que pudieran reclamar esta competencia para sí. Por lo tanto, ningún órgano del Estado tiene jurisdicción para ejercer la potestad emanada del art. 106 CE respecto de si el indulto decidido mediante el RD 2392/2000 cumple con las exigencias establecidas en la Ley de Indulto, particularmente con las reguladas en los arts. 4 y 11 de dicha ley. De acuerdo con el art. 5 de la LO 2/87 que regula los Conflictos Jurisdiccionales entre el Poder Ejecutivo y los Tribunales, las autoridades mencionadas en el art. 3 de dicha ley plantearán a los Juzgados o Tribunales un conflicto de jurisdicción “únicamente para reclamar el conocimiento de asuntos en los que, de acuerdo con la legislación vigente, les corresponda entender a ellos mismos”. Ninguna de las autoridades del art. 3 LO 2/87 está mencionada en el art. 31 de la Ley de Indulto y ninguna norma del derecho vigente encomienda a otra autoridad diversa del Tribunal sentenciador, competencia para aplicar el indulto”.

Asimismo y encontrando de suma trascendencia las consideraciones vertidas por los Magistrados disidentes del criterio adoptado por la mayoría de la Sala General, celebrada el día 8 de enero de 2.001 y recogidas en el Voto Particular que suscribe el Presidente de la Sala en el Auto de 18 de enero de 2.001, procedemos a su exposición que puede sintetizarse en los siguientes fundamentos:

1. Resulta coincidente lo esgrimido en el Voto Particular con el parecer mayoritario, en cuanto se estima que el Real Decreto 2392/2000, constituye un acto del Gobierno susceptible de control jurisdiccional en lo relativo a sus elementos reglados, en virtud de lo dispuesto en los artículos 2.a), 12.1.a) y 25.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

2. Discrepa, sin embargo del sentir mayoritario, en lo concerniente al orden jurisdiccional competente para el conocimiento del susodicho control, así pues, “se trata, sin duda, de un acto administrativo en cuanto constituye una

manifestación de voluntad emanada de la Administración Pública, en el ámbito de una potestad administrativa, creadora de una determinada situación jurídica, y que se agota o extingue por su cumplimiento o realización (...). Por consiguiente, el control de legalidad del mismo debe ser el propio de la actividad administrativa (arts. 103.1 CE y 8 LOPJ), y no el derivado del principio de jerarquía normativa (arts. 9.3 CE y 6 LOPJ). Lo cual no es óbice, sin embargo, para que los Jueces o Tribunales del orden penal que hayan de aplicar los indultos deban hacerlo de acuerdo con las exigencias especialmente previstas en la propia Ley reguladora del ejercicio de la Gracia de Indulto que pueden determinar la procedencia de no llevar a efecto. Más ello únicamente procederá cuando la propia ley lo imponga así de modo incuestionable (v., ad exemplum, los arts. 5, 9, 11 y 17).

3. En lo relativo al ámbito del control de legalidad atribuible a la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el indulto cuestionado, y siempre circunscrito a aquellos limitados supuestos en que la Ley del indulto así lo impone de modo evidente, lo concreta en dos aspectos fundamentales, así: a) si el mismo ha de ser considerado un indulto total o simplemente parcial, en cuanto la Ley de Indulto exige para los primeros razones de justicia, equidad o utilidad pública, a juicio del Tribunal sentenciador; y, b) si la pena de inhabilitación impuesta debe entenderse ya cumplida a los efectos de la posibilidad o imposibilidad de ser indultada establecida en el artículo 4 de la meritada Ley.

En cuanto a la primera de las cuestiones planteadas, se estima el indulto como parcial por dos razones, así por una parte, porque en el citado Real Decreto se mantiene la incapacidad para desempeñar cargo en la Audiencia Nacional o en cualquier Juzgado de la misma, durante el plazo de veinticinco años, lo que indudablemente supone una limitación de los derechos del indultado, y por otra, por cuanto el Real Decreto omite cualquier referencia a la pena de multa impuesta, que ya ha sido efectiva y es susceptible de ser indultado conforme a lo dispuesto en el art. 8 de la Ley de Indulto.

En cuanto a la segunda de las cuestiones, es decir, “si cumplida ya la pena de inhabilitación en el concreto aspecto de pérdida de la condición de

Magistrado -cosa que nadie discute-, es o no posible, por tanto, la reincorporación del indultado a la Carrera Judicial, los Magistrados de la minoría discrepante estiman que sí es posible”, por determinadas razones, entre las que destacamos las siguientes: a) “Porque la propia Ley reguladora del Indulto prevé expresamente la posibilidad de concederlo a los reos de toda clase de delitos (art. 1) y, por ende, de los castigados con la pena de inhabilitación (...); b) Porque la pena de inhabilitación es una pena única y no dos penas, aunque tenga dos efectos, por lo que el indulto correspondiente constituye el indulto de una única pena, de tal modo que, de no permitirse el reingreso en la Carrera Judicial, en realidad no se estaría indultando el efecto principal de la pena, que es la pérdida definitiva del empleo o cargo sobre que recae, y en consecuencia el indulto vendría a convertirse en ilusorio y sin efecto alguno en la práctica, lo que, sin duda, constituye un absurdo jurídico; c) Porque la propia Ley de Indulto prevé específicamente la posibilidad de indultar una pena ya cumplida, como es el caso de las penas pecuniarias (art. 8), lo cual permite entender que, a los efectos de dicha Ley, por pena cumplida habrá de entenderse la pena irreversible cumplida, como pudiera ser el tiempo de cumplimiento parcial de la pena privativa de libertad o de las privativas de derechos anterior al momento de la concesión del indulto (...); d) Porque así permite entenderlo también la decisión de no suspender la ejecución de la sentencia, tomada por el tribunal sentenciador al pronunciarse sobre la petición del condenado en tal sentido, para no perder la condición de Magistrado, en el Auto de 28 de octubre de 1.999, habida cuenta de que los Jueces y Tribunales podrán suspender la ejecución de la pena, mientras no se resuelva sobre el indulto cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad de éste pudiera resultar ilusoria (art. 4.4 C.P.)”; e) Por cuanto no sería conformado a “las exigencias inherentes al principio de igualdad (arts. 1 y 14 CE) que la posibilidad de aplicar el indulto de este tipo de penas dependa de algo tan aleatorio como la mayor o menor rapidez con que pudieran cumplirse las formalidades administrativas precisas para el efectivo cumplimiento de las mismas o la mayor o menor celeridad con que el órgano jurisdiccional acordase la ejecución de la sentencia...”.

Consideraciones todas ellas vertidas en el Voto Particular formulado que concluye significando que “por todas estas razones, estimamos que procedía haber ordenado la aplicación de la gracia de Indulto concedida a D. Javier G. de L. y B., en los términos que constan en el Real Decreto de su concesión, dando cuenta a tal efecto al CGPJ para que por éste se hubiera dictado la resolución procedente”.

Pues bien, una vez expuestos los reveladores fundamentos jurídicos y consideraciones esgrimidas en el Auto de 18 de enero de 2.001, así como en el Voto Particular formulado, retomamos el relato de los hechos del “caso Gómez de Liaño” que prosigue con el Recurso de Suplica interpuesto por el condenado contra el citado Auto, sosteniendo, al efecto, que nunca fue formalmente expulsado de la carrera judicial, al no seguirse el procedimiento establecido en los arts. 379.2 y 388 de la LOPJ, por lo que no ha llegado a perder su condición de Juez, al tiempo que niega que el Tribunal sentenciador tenga facultad para cuestionar la ejecución del indulto en sus propios términos.

Por su parte, el Tribunal sentenciador, el 5 de febrero de 2.001, desestima el recurso interpuesto, nuevamente por mayoría de dos a uno (con emisión de un voto particular por el Presidente de la Sala donde reproduce las consideraciones esgrimidas en su voto particular al Auto de ejecución parcial), reafirmando su competencia para conocer la legalidad de un indulto, aduciendo que, a lo largo del proceso, el Ministerio Fiscal, el Gobierno, el CGPJ, el Tribunal Supremo y el propio condenado han convenido que sí se produjo la expulsión definitiva.

Paralelamente, un grupo de vocales del Consejo General del Poder Judicial plantea la convocatoria de un Pleno extraordinario en orden a debatir la conveniencia de plantear un conflicto entre órganos constitucionales ante el Tribunal Constitucional, ante la supuesta invasión, por parte del Gobierno, de competencias reservadas al Consejo General del Poder Judicial, al vetar al indultado el destino en la Audiencia Nacional, pues corresponde a éste órgano, y no al Gobierno, la asignación de destinos de los miembros de la carrera

judicial; propuesta que es rechazada por el Pleno extraordinario por mayoría de diez a nueve.

El Gobierno, ante la desestimación del indicado Recurso de Súplica formulado, presenta un requerimiento de inhibición al Tribunal sentenciador, solicitándole que anule el Auto (firme) de 18 de enero de 2.001, en virtud de lo dispuesto en el art. 38 de la LOPJ, aduciendo las consideraciones vertidas en los votos particulares formulados al Auto de aplicación parcial del indulto y a la resolución que desestimó el Recurso de Súplica.

El Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, con carácter jurisdiccional, en orden a dar respuesta al requerimiento formulado, rechaza así, mediante Auto de 13 de marzo de 2.001 y por mayoría de diez a uno, tanto la inhibición como la anulación del Auto de 18 de enero de 2.001, y acuerda oficiar al Ministerio de Justicia anunciándole que quedaba formalmente planteado el Conflicto de Jurisdicción, advirtiendo, asimismo, que el planteamiento del conflicto puede resultar contrario a la Constitución, dado que, conforme al art. 7 de la ley de Conflictos de Jurisdicción, el Tribunal de Conflictos no puede anular ni revisar resoluciones firmes, como el Auto de 18 de enero de 2.001 de aplicación parcial del indulto.

Conflicto de jurisdicción que es finalmente admitido a trámite por el Tribunal de Conflictos, requiriendo los preceptivos informes del Fiscal Jefe de la Sala de lo Contencioso-administrativo y de la Abogacía del Estado, quienes sustentan la posición defendida por el Gobierno, dictándose Sentencia a tal efecto de fecha 13 de junio de 2.001, por la que se declara que la competencia sobre el alcance del indulto otorgado a D. Francisco Javier, en relación con la pena ejecutada, corresponde al Gobierno, debiendo deferirse las cuestiones relativas a su reintegro a la Carrera Judicial al Consejo General del Poder Judicial, que procederá en consecuencia en el ejercicio de sus competencias, apoyándose para ello en diversas consideraciones, entre las que destacamos las siguientes:

1º.- Se invoca la jurisprudencia del Tribunal de Conflictos en cuanto “viene reconociendo que la invasión en la esfera de las competencias de la Administración puede producirse, y debe ser corregida, siempre que los Tribunales se arroguen facultades cuyo ejercicio se halla reservado a la misma, y que la Administración tiene la obligación de reivindicar y conservar aunque no reclame materialmente el conocimiento de las actuaciones judiciales (...). Y será también de citar la STC 234/2000 (F. J. 5º) que amplía el concepto del conflicto extendiéndolo a los supuestos en el que un órgano ha frustrado el ejercicio de una atribución que otro considera como propia”.

2º.- Se subraya la inexistencia de discrepancia entre la Administración y el Tribunal Sentenciador en lo relativo a la posibilidad de que los indultos otorgados por el Gobierno sean controlados por vía jurisdiccional. Si bien, el Tribunal de Conflictos tiende a la atribución del mismo a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; así “la Constitución de 1978 es parca en sus referencias a este tipo de medida de gracia, únicamente mencionada en sus artículos 62.i), 87.3 y 102.3, aunque los dos últimos preceptos se limiten a consignar disposiciones meramente prohibitivas en torno al ejercicio de la misma. Del texto de estos preceptos, así como de los contenidos en los artículos 62.f), 64 y 97, se llega a la conclusión de que si bien la concesión de indultos, no generales, es facultad reservada al Monarca, su plasmación formal se efectúa a través de Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Justicia (expresamente lo afirma el artículo 30 de la Ley de 18 de junio de 1.870), cuyo control puede ejercitarse a través de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”. Posibilidad que sustenta, asimismo, en la previsión constitucional establecida en el artículo 106.1 de la Constitución Española, por la cual los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actividad de la Administración, con el alcance prevenido en los artículos 1 y 2.a) de la Ley 29/1998; es decir, en los que se refiere a la actuación de la misma sujeta al Derecho Administrativo.

Sin embargo, apunta que “ese genérico control, que deriva del principio de legalidad recogido en la Constitución Española con carácter general –art. 9.3-, y que nunca puede pretender extenderse a la motivación discrecional que

constituye la esencia del perdón, ha de ejercitarse en el ámbito y con arreglo a los principios de instancia de parte, audiencia del autor del acto y de la persona a favor de la cual se deriven derechos del mismo, que inspiran el ejercicio de esa jurisdicción especializada. En este punto insiste el voto particular del Presidente de la Sala Segunda de 5 de febrero pasado, que destaca las distintas oportunidades para formular alegaciones que en un recurso contencioso- administrativo hubieran tenido tanto el Gobierno como el indultado, y cuya omisión aquí podría constituir un claro supuesto de indefensión tanto para el Gobierno como para el titular del derecho –art. 24 de la CE-.”

Control éste “genérico” en el que el Tribunal no cifra el conflicto, sino en las potestades específicas que pueden ser irrogadas al órgano sentenciador derivadas de la aplicación del indulto. Y ello enlaza con la interpretación excesivamente amplia que la Sala Segunda ha otorgado a “la norma especial en razón de la materia”, contenida en el artículo 31 de la Ley de Indulto –razonamiento jurídico 1º del Auto de 18 de enero pasado-, que prescribe que “la aplicación de la gracia habrá de encomendarse indispensablemente al Tribunal Sentenciador”. Interpretación del precepto, que el Tribunal de Conflictos no entiende tan fácilmente deducible.

El Tribunal de Conflictos, por su parte, significa el indulto como “un acto declarativo de derechos y por ello dotado de una especial virtualidad jurídica, con lo que se dota de mayor relevancia a la necesidad de que el control de la legalidad del acto que los otorga se someta a una tramitación en la que sean oídos, tanto la persona a cuyo favor deriven esos derechos, como el autor del acto (...). Pese a todo ello, es innegable que, atendiendo tanto al principio de legalidad como al de oficialidad característico de la jurisdicción penal, constituye una exigencia derivada de la misma función atribuida al Tribunal de esa jurisdicción con relación a la ejecución de la sentencia –artículo 117.3 de la Constitución- en la que incide el indulto, el admitir que pueda ejercer un control de la aplicación del mismo en determinados y concretos supuestos, en los que se haya producido una manifiesta vulneración de la legalidad”. Supuestos que hacen clara referencia a los comprendidos en los artículos 5 y 17 de la Ley de

Indulto, siendo susceptible de extenderse a los prevenidos en el Capítulo I de la misma, que definen los límites subjetivos y objetivos del indulto, a los que cabría añadir incluso algún otro (el mencionado en el artículo 11 puede ser un buen ejemplo), excluyendo no obstante el artículo 4.

3º.- En cuanto al razonamiento jurídico 2º esgrimido por el Tribunal Sentenciador en su Auto de 18 de enero de 2.001, por el cual aduce la imposibilidad de que el indulto se extienda al reintegro en la Carrera Judicial del condenado, habida cuenta de que la pena de inhabilitación especial en cuanto a su efecto de privación definitiva del cargo de Magistrado, miembro de la Carrera Judicial, con todos los honores anejos al mismo, fue debidamente ejecutada, y ello vulneraría expresamente lo prevenido en el artículo 4 de la Ley de Indulto, el Tribunal de Conflictos, sin cuestionar en modo alguno el efectivo alcance de la decisión adoptada con respecto a la pérdida de miembro de la Carrera Judicial del condenado (que aparece incluso reconocido en el Real Decreto de indulto cuando provee expresamente sobre el “reintegro” a la misma del beneficiario del indulto), advierte una patente contradicción entre dos posiciones mantenidas por el Tribunal Sentenciador, así:

a) Por una parte, el Órgano sentenciador, entre los argumentos en que apoya la desestimación de la solicitud de suspensión de la ejecución de la pena, significa “el hecho de que su ejecución no frustraría la finalidad perseguida con la solicitud de indulto”.

Quedaba claro, suscribe al respecto el Tribunal de Conflictos, “que la ejecución de la sentencia dejaba intactas las posibilidades discrecionales del indulto, es decir: que tal ejecución no recortaba el posible contenido de la eventual concesión del mismo.”

b) Por otra, en el Auto de 18 de enero de 2.001, la ejecución de la pena constituye un impedimento para su posible indulto.

El Tribunal de Conflictos deduce así que “lo que en el Auto anterior resultaba inocuo se convierte ahora en límite reglado que cercena las

posibilidades de otorgarlo, haciendo depender su viabilidad de algo tan aleatorio como la mayor o menor rapidez con que puedan cumplirse las formalidades administrativas para el efectivo cumplimiento de las penas, o incluso de la mayor o menor celeridad con que el órgano jurisdiccional acordase la ejecución de la sentencia (...). Lo expuesto implica, sin que ello suponga que este Tribunal de Conflictos revise en modo alguno la interpretación que la Sala Sentenciadora ha dado al artículo 4 de la Ley de Indulto, que ha de llegarse a la conclusión de que no estamos ante una manifiesta infracción de la misma que habilite al Tribunal Sentenciador para ejercer el control de legalidad en los términos señalados anteriormente”.

4º.- Finalmente, en cuanto a la consideración del Tribunal Sentenciador por la cual el antecedente penal derivado de la pena indultada impide la reintegración de un Juez en la carrera –artículo 303 de la ley Orgánica del Poder Judicial-, destacando que la efectividad del reintegro necesitará el concurso del Consejo General del Poder Judicial, único organismo que podría reintegrar a un Juez al que ha dado previamente de baja en el escalafón, el Tribunal de Conflictos aduce que, efectivamente, con dicha consideración se alcanza la evidencia de que el control sobre su incidencia en el régimen estatutario del condenado, por su condición de miembro de la Carrera Judicial, no corresponde al Tribunal Sentenciador, sino al Consejo General del Poder Judicial, y así las cosas y “siendo indudable que el indultado había perdido la condición de Magistrado a consecuencia de ejecución de sentencia penal, hay que entender que su reingreso en la Carrera Judicial –principios latentes en los artículos 380 y siguientes de la Ley Orgánica de 1 de julio de 1.985- reclama una decisión del Consejo General del Poder Judicial que, obviamente, será susceptible de impugnación jurisdiccional por la vía adecuada.”

Pues bien, una vez plasmado el relato de hechos referente al conflictivo “caso Gómez de Liaño”, procedemos a analizar los aspectos que nos han resultado más destacados, así como a deducir las consideraciones que, a nuestro juicio, le son extraíbles:

1ª) De la necesidad del control: Nos resulta a todas luces incontrovertido y de excusable necesidad el hecho de que el acto que pone fin al procedimiento de indulto es un acto sujeto al control judicial. Así, dicho acto eminentemente administrativo, producto en consecuencia de la actividad administrativa, dictado por un órgano administrativo, tal cual es el Consejo de Ministros, ha de estar insoslayablemente sometido y adecuado a la Constitución y a las Leyes, siéndole, por ende, directamente vinculante la previsión constitucional contenida en el artículo 106.1 por la cual los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actividad administrativa.

2ª) De la titularidad del control: Pues bien, una vez determinada la necesidad de sujeción de los actos que ponen fin al procedimiento de indulto al control judicial, deviene la trascendental, especialmente controvertida tarea de determinar el órgano u órganos jurisdiccionales legitimados en orden a conocer del referido control. Tarea que adjetivamos y calificamos de capital, en cuanto, entendemos que en ella no solamente estriba el punto culmen y álgido de la confrontación derivada del “caso Gómez de Liaño”, no solamente residía y reside su pacífica y adecuada solución, sino que en ella ciframos la tan añorada reconciliación del instituto de la gracia con el Estado Constitucional de Derecho, el exigible sometimiento del indulto a la Constitución y las Leyes, el definitivo enterramiento del lastre de lo arbitrario.

El acto de indulto como acto eminentemente administrativo, está inexorablemente sometido al control por el orden jurisdiccional contencioso administrativo, en virtud de lo dispuesto en los artículos 106.1 de la Constitución Española, 58.1 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y 1 y 2.a) de la Ley 29/98, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Por tanto, podemos llegar a la afirmación de que el control de los actos derivados del ejercicio de la facultad de gracia está preceptivamente atribuido al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa; todo ello, sin perjuicio de las facultades de control, en todo caso limitadas, que pueden ser

susceptibles de ser atribuidas al órgano sentenciador y que serán debidamente examinadas en el presente apartado.

Por el contrario, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en su Auto de 18 de enero de 2.001, tras invocar lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley de Indulto, por el cual se atribuye indispensablemente la aplicación del indulto al Tribunal Sentenciador, advierte que es a este órgano a quien ha de corresponder la función de controlar la referida legalidad, fundamentando la prevalencia del precepto por tratarse de una norma especial, en razón de la materia.

Sin embargo, a mi juicio, entiendo del todo desacertada y desafortunada la conclusión alcanzada por cuanto la Ley de 18 de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto en ninguno de sus preceptos previene, en modo alguno, la atribución del referido control al tribunal sentenciador, a diferencia de la aplicación que sí le es formal y expresamente atribuida. De modo tal que dicha omisión o interpretación laxa, desmesurada e injustificadamente extensiva de la Ley de Indulto no puede, en ningún caso, servir de fundamento para derogar lo dispuesto en los artículos 106.1 de la Constitución Española, 58.1 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y 1 y 2.a) de la Ley 29/98, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁴⁰⁰.

⁴⁰⁰ En sentido contrario, entre otros, autores como CARRILLO DONAIRE, J. A. y GUICHOT, E., quienes justifican la competencia del órgano sentenciador para el control de la legalidad del indulto, no sólo en “los principios de legalidad (especialidad de la LI) y de oficialidad del orden penal (que en este punto engazaría con el art. 117.3 de la CE), sino también en el principio de improrrogabilidad de la competencia del orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo (art. 5 de la LJCA y art. 10 LOPJ) y en que, en definitiva, el art. 106 de la Constitución encomienda a los Tribunales el control de la legalidad de la actuación administrativa, sin predeterminar el orden jurisdiccional”, op. cit., p. 231. Igualmente partidario de esta posición se muestra AGUADO RENEDO, C., quien advierte que el artículo 31 de la L.I. “no contradice los preceptos competenciales de la jurisdicción contenciosa, sino que, como afirma la Sala Segunda del Tribunal Supremo (aunque sin hacer referencia al precepto de la nueva Ley 29/98) “... es una norma especial en razón de la materia, que tiene una función bien precisa”. En efecto, se trata de una proyección del principio de especialidad, pues es obvio que al órgano sentenciador (en este caso, un Tribunal penal) le corresponde también el control del RD de indulto, y ello *ex lege*, pues al encomendar dicho precepto “la aplicación de la gracia ... indispensablemente al Tribunal sentenciador”, resulta de todo punto inevitable que éste controle tal aplicación, salvo que se le considere de naturaleza etérea y un Real Decreto de indulto en hipótesis manifiestamente ilegal, deba pasar por sus manos como el sol a través del cristal, sin romperlo y sin mancharlo. El Tribunal sentenciador, aunque no lleva a cabo una labor estrictamente jurisdiccional cuando aplica un RD de indulto (pues ni está juzgando ni

Entendemos, en conclusión, que la consideración extraída por la Sala Segunda del Tribunal Supremo es causa de la confusión entre la aplicación y el control del indulto, no constituye el control una consecuencia consustancial a la aplicación, como asimismo no puede quedar limitado el control a los supuestos de aplicación de la gracia; la aplicación de la gracia opera únicamente cuando el indulto es efectivamente concedido, mientras que el control ha de extenderse inexcusablemente tanto a los supuestos de concesión como a los de denegación del indulto, supuestos éstos últimos que escapan del todo al conocimiento del órgano sentenciador. Por ello, si se extraen facultades de control para el órgano sentenciador lo serán, como decimos, por vía de una interpretación desmesuradamente extensiva del artículo 31 de la Ley de Indulto o bien por la extensión de los principios de legalidad y oficialidad propios de la jurisdicción penal, nunca por una atribución expresa de su normativa especial. Así, supuesto de ser reconocida una facultad de control al órgano sentenciador, habría de ser circunscrita en todo caso, como bien apunta el Tribunal de Conflictos en su Sentencia de 13 de junio de 2.001, a determinados y concretos supuestos en los que se haya producido una manifiesta vulneración de la legalidad. Supuestos que, a juicio del Tribunal de Conflictos, son identificados con “los comprendidos en los artículos 5 y 17 de la Ley de Indulto, siendo susceptible de extenderse a los prevenidos en el Capítulo I de la misma, que definen los límites subjetivos y objetivos del indulto, a los que cabría añadir incluso algún otro (el mencionado en el artículo 11 puede ser un buen ejemplo), excluyendo no obstante el artículo 4”.

Desde nuestra particular consideración, y siempre sin perjuicio de admitir que en caso de serles reconocidas facultades de control al tribunal sentenciador, éstas, todo lo más, habrían de ser acotadas a los contados

ejecutando lo juzgado, sino aplicando, en virtud de lo que dispone la LI, un acto gubernamental) no deja de ejercer una función pública y con imperio y, como tal, no puede ser considerado ni inexistente ni imposibilitado para actuar en defensa de la legalidad que considera conculcada.”, en “Análisis (estrictamente jurídico) de un indulto conflictivo: el “caso Gómez de Liaño”, en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 63. Septiembre-Diciembre, 2.001, p. 301.

supuestos enumerados y delimitados por el Tribunal de Conflictos, entendemos que las facultades de control del órgano sentenciador, a quien queda encomendada indispensablemente la aplicación del indulto, se han de limitar a la posibilidad de la “no aplicación” del Real Decreto, expresamente advertida en la Ley de Indulto, en aquellos supuestos de evidente vulneración de la legalidad, “no aplicación” siempre justificada y pendiente de la previa o ulterior declaración de nulidad del acto, nulidad del acto que, entendemos, ha de ser encomendado su conocimiento y oportuna declaración al órgano jurisdiccional del orden contencioso-administrativo.

Asimismo, la Ley de 18 de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, que atribuye expresamente y en todo caso la aplicación de la gracia al órgano sentenciador, le atribuye igualmente la facultad de “no aplicación” en determinados supuestos, supuestos que, como la propia Ley previene, vienen indisolublemente referidos a los supuestos de nulidad del acto de concesión; si bien tal facultad de “no aplicación” no puede ignorar la causa que la justifica, causa que ha de ser, ora previa ora posteriormente, determinada y debidamente declarada; conocimiento y consiguiente declaración de nulidad que en caso alguno es conferido por la Ley de Indulto al órgano sentenciador, omisión que hace atribuir dicho conocimiento al órgano jurisdiccional del orden contencioso-administrativo, en virtud de lo dispuesto en los artículos 106.1 de la Constitución Española, 58.1 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y 1, 2.a) y 12.1.a) de la Ley 29/98, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Así, entendemos que el ejercicio por parte del órgano sentenciador de su expresamente reconocida facultad de “no aplicación” sin vinculación o dependencia de la nulidad del acto, produciría una patente indefensión tanto para el beneficiario del indulto como para el Gobierno, desprovistos así de participación procesal alguna, vulnerando de esta forma el derecho reconocido y garantizado en el artículo 24 de la Constitución Española. La declaración de nulidad del acto para la entonces justificada “no aplicación” del indulto, precisa inexcusablemente de un procedimiento con todas sus garantías, oportunidades y trámites procesales, donde hacer efectivo, entre otros, el derecho de

audiencia de parte; procedimiento cuyo conocimiento, a mi juicio, significo habría de ser insoslayablemente atribuido al órgano jurisdiccional del orden contencioso-administrativo.

En el caso que nos ocupa, sin perjuicio de nuestra particular consideración acerca de la presunta nulidad del Real Decreto 2392/2000 como posteriormente será debidamente analizada, nos encontramos ante el ejercicio, por parte del órgano sentenciador, de su facultad de “no aplicación” del indulto, apoyada en una nulidad no declarada, tras un procedimiento debido con todas sus garantías que le son anejas, sino en una nulidad siempre presunta por indebidamente determinada; estamos ante una “no aplicación” que se olvida y desprende de la causa que la justifica y legítima.

Por todo ello, y en conclusión, aunque compartimos que el Real Decreto 2392/2000 estaba destinado a su “no aplicación” por adolecer del invalidante vicio de nulidad, entendemos, asimismo, que tal nulidad no fue debidamente declarada ni por el órgano competente para ello, ni tras seguir el oportuno procedimiento, lo que consideramos causa de suficiente entidad como para deslegitimar o decaer en injustificado el ejercicio de la facultad de “no aplicación” por parte del órgano sentenciador.

3ª) De la presunta nulidad del Real Decreto 2392/2000: Sin perjuicio de lo apuntado en el apartado anterior respecto a que la nulidad ha de ser debidamente declarada so pena de deslegitimar la facultad de “no aplicación” de la que es consecuencia, comulgamos con el parecer de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su Auto de 18 de enero de 2.001, en cuanto entendemos que el susodicho Real Decreto adolecía del invalidante vicio de nulidad dado que, entre otras, se extiende a indultar una pena que ya sido debidamente cumplida, otorgándole así unos efectos al acto de indulto expresamente proscritos en el artículo 4 de la Ley de 18 de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, por el cual el indulto habrá de recaer sobre penas que “todavía no hubiese cumplido el delincuente”.

La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, contiene, en virtud de lo establecido en el artículo 42 del Código Penal, dos efectos bien diferenciados, así por una parte, produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere y, por otra, provoca la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena. Pues bien, el primero de sus efectos, la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere, opera, por su propia naturaleza, de forma inmediata, situándose dicho momento en el caso que nos ocupa en el momento en que el Pleno Consejo General del Poder Judicial, tras haber recibido la comunicación del órgano sentenciador en la que se acordaba la ejecución de la sentencia, procede a la separación definitiva del cargo con fecha de inicio de la ejecución el día 3 de noviembre de 1.999. Efectiva ejecución de la pena que obra decir que, en caso alguno, fue cuestionada por el Tribunal de Conflictos.

La Ley de 18 de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto al igual que previene la posibilidad de que el indulto recaiga sobre todo tipo de penas, inclusive la de inhabilitación especial, es tajante al proscribir en su artículo 4, que el indulto no podrá recaer sobre penas que ya hubiese cumplido el delincuente; todo ello sin perjuicio de la excepción contenida en el artículo 8 para el supuesto de la pena pecuniaria, que constituye una excepción a la regla general que como tal está legalmente prevista y que, por tanto, en caso alguno es susceptible de ser extendida al supuesto que nos ocupa.

El Tribunal de Conflictos, absorbe, entre otras consideraciones, que la prohibición contenida en el artículo 4 de la Ley de Indulto tiene por objeto señalar un límite fáctico, tal cual es la imposibilidad de que el indulto se extienda a penas ya ejecutadas que, por su naturaleza, no pueden eximirse a *posteriori*, por haberse “cumplido” por el condenado (así, el tiempo transcurrido en prisión). Por contra, cuando la pena tiene un alcance sólo jurídico (como la separación del cargo, reparable *ex post* mediante la rehabilitación), no existiría

el mismo impedimento derivado de la naturaleza de la pena⁴⁰¹. Interpretación que, por nuestra parte, entendemos en exceso extensiva, por cuanto el precepto hace alusión expresa a las penas que aun no hubiesen sido cumplidas en general, sin dar lugar a distinción alguna.

El Tribunal de Conflictos, asimismo, denuncia, en favor de la oportunidad del indulto de la pena de inhabilitación especial ya cumplida, la, a nuestro entender, desafortunada y contradictoria expresión vertida por el Tribunal Supremo en el Auto de 28 de octubre de 1.999, por el cual se desestima la solicitud de suspensión de la ejecución de la pena, y por la que significa que “(...) la extensión de la pena aplicada y el hecho de que su ejecución no frustraría la finalidad perseguida con la solicitud de indulto, constituyen un argumento más para denegar la suspensión interesada”.

Sin embargo, por nuestra parte y considerando en todo caso como desafortunada la expresión referenciada, entendemos que, sin perjuicio de que la posibilidad de suspensión de la ejecución de la pena en tanto se tramite la solicitud de indulto contenida en el párrafo 2º, apartado 4 del artículo 4 del Código Penal está orientada a evitar que una ulterior concesión de la gracia pudiera devenir ilusoria, lo cierto es que tal facultad atribuida al Tribunal Sentenciador está configurada, en todo caso, como una facultad potestativa para el mismo, así queda dicho “también podrá el Juez o Tribunal suspender la ejecución de la pena...”; de modo tal que en caso de haberse solicitado el indulto de una pena de ejecución inmediata, entendemos, que el órgano sentenciador en ningún caso vendrá obligado a decretar la suspensión de su ejecución por vía del artículo 4 del Código Penal, todo ello, sin perjuicio, de que tal facultad potestativa esté indudablemente acotada por la necesidad de motivar su decisión conforme a los presupuestos que la informan y que tal decisión sea susceptible de ser revocada, tras el oportuno recurso, por vulneración, entre otros, del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley consagrado y garantizado en el artículo 14 de la Constitución Española.

⁴⁰¹ Argumentación sostenida por el Ministerio Fiscal en su Informe previo al indulto y por el Prof. GIMBERNART, en su artículo “Significado de la pena cumplida en la ley de indulto”, publicado en el diario EL MUNDO, de 13 de diciembre de 2.000.

Asimismo es de destacar al respecto lo preceptuado en el artículo 32 de la Ley de Indulto por el cual “la solicitud o propuesta de indulto no suspenderá el cumplimiento de la sentencia ejecutoria...”

Por tanto, en el caso que nos ocupa, no habiendo sido revocada, tras el recurso oportuno, la decisión del órgano sentenciador de no proceder a la suspensión de la ejecución de la pena, consideramos que, en ningún caso, se le puede a éste imputar, por el hecho de no proceder a la indicada suspensión, la inoperancia de la concesión de la gracia y mucho menos aún compensar dicha consecuencia con la admisión de la proscrita posibilidad de extender el indulto a las penas ya ejecutadas.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Los orígenes de la prerrogativa de gracia como renuncia o excepción al ejercicio de poder por parte de su titular o como simple perdón, se remontan a las más primitivas formas de civilización u organización política. Del indulto se empieza a constatar el recurso a su ejercicio en los Libros Sagrados de la India, donde aparece como una facultad regia que comprende la modificación de las sentencias de condena. Por su parte, la amnistía, término de ascendencia helénica, es ejercida por el pueblo griego reunido en asamblea a favor de los acusados o de aquellos a quienes se hubiere impuesto una condena.

SEGUNDA.- Las primeras manifestaciones de la prerrogativa de gracia en el derecho positivo español, se constatan en el siglo XIII con el Fuero Juzgo; prerrogativa a la que, asimismo, referiría expresamente el Fuero Real, las Siete Partidas, las Ordenanzas de Castilla, la Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación, entre otras; en las disposiciones españolas anteriores al período constitucional, la gracia es concebida como una facultad eminentemente regia que es ejercida como manifestación de su poder absoluto e ilimitado, caracterizada por servirse de un procedimiento carente de elementos reglados, donde la arbitrariedad se constituye en la fuente reguladora de su ejercicio.

TERCERA.- Es la Constitución de Cádiz de 1.812, el primer texto constitucional español que da cabida a la institución de la gracia,

sentándose en ella determinados elementos configuradores, tales como su atribución regia o el sometimiento de su ejercicio a las leyes, que han sobrevivido hasta nuestros días. Los ulteriores textos constitucionales si bien presentan por lo general un tratamiento de la prerrogativa de gracia en cierto modo similar al contenido en la Constitución de Cádiz, con mayor o menor limitación de su ejercicio por parte del Monarca, con mayor o menor intervención de las Cortes,..., interesamos significar el trasgresor tratamiento evacuado con la Constitución de 1.931, en la que por primera y única vez en la historia del constitucionalismo español se atribuiría la facultad general de conceder indultos particulares a un órgano del poder judicial, concretamente al Tribunal Supremo. Entiendo, desde mi particular consideración, este singular traspaso de competencias y al tiempo “traición” a la propia configuración del instituto, en el que la herencia histórica constituye su más prominente fuente reguladora, una fórmula para aminorar los costes y atemperar los perjuicios que la gracia, como medio excepcional de realización de la justicia material al caso concreto, supone en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, en tanto no supone su ejercicio una quiebra del principio de separación de poderes.

CUARTA.- La Constitución Española de 1.978, atribuye al Monarca la potestad de gracia en la forma de indultos particulares, sometiendo su ejercicio a lo dispuesto en las leyes, excluyendo al Presidente y demás miembros del Gobierno de los sujetos susceptibles de ser beneficiados por su gracia, suprimiendo la prerrogativa de gracia de las materias objeto de regulación por la vía de la iniciativa legislativa popular, proscribiendo expresamente los indultos generales y omitiendo cualquier referencia a la amnistía; omisión que se ha tornado en fundamento de una latente discusión acerca de su oportunidad y licitud en nuestro sistema.

En este actual marco constitucional operó la aprobación de la Ley 1/1988, de 14 de enero, por la que se modificaba parcialmente la

originaria Ley de 18 de junio de 1.870, por la que se establecen las reglas para el ejercicio de la gracia de indulto; modificaciones puntuales entre las que interesamos destacar la relativa a la, a mi entender desacertada, supresión de la motivación de los reales decretos de indulto. Supresión que, a mi juicio, ha supuesto un cualificado retroceso en la ardua andadura por la inaplazable necesidad de alcanzar un sistema de control de la legalidad de los actos de indulto como único cauce que garantiza su ejercicio, así como la adecuada consecución de los fines a los que sirve.

QUINTA.- La gracia es una institución que encuentra presencia en casi la totalidad de las Constituciones de los Estados con cierta identidad político-cultural al nuestro, sin perjuicio de que la denominación que en ellos reciben sus diversas manifestaciones no sea del todo coincidente y en ocasiones pueda dar lugar a confusión. Como elemento común a la práctica totalidad de los ordenamientos que acometen su regulación, destacamos la atribución de la potestad para el ejercicio del indulto particular al Jefe del Estado, así como, en aquellos ordenamientos que legitiman su ejercicio, la atribución de la potestad de conceder indultos generales y la amnistía al Parlamento.

SEXTA.- En los Estados Unidos de América, como en el resto de ordenamientos anglosajones, la gracia de indulto particular recibe la denominación de *pardon*; su facultad se encuentra constitucionalmente atribuida al Presidente quien podrá indultar las penas derivadas de la comisión de delitos federales, sirviéndose para su tramitación de *The Office of the Pardon Attorney*, oficina dependiente del Ministerio de Justicia. Asimismo, y en relación a la potestad para conceder indultos particulares a reos de delitos atribuidos al conocimiento de los órganos jurisdiccionales de los diferentes estados federados quedará, en su

caso, y en virtud de lo dispuesto en sus respectivas Constituciones, atribuida a su Gobernador, a un consejo, o a ambos.

SÉPTIMA.- En Reino Unido, sustancial precedente del sistema de gracia estadounidense, la prerrogativa queda residenciada en la Reina, quien a su vez ostenta la Jefatura del Poder Ejecutivo, del Poder Judicial, de las Fuerzas Armadas de la Corona, así como es parte integrante del Poder legislativo, entre otros cargos efectivos y honores. Como rasgo definitorio del sistema se denota una prerrogativa regia apenas acotada o limitada en su ejercicio, sin la previsión de un sistema de control, a salvo el control parlamentario, que garantice la legalidad de su recurso.

OCTAVA.- En el Ordenamiento Francés, la gracia es una prerrogativa atribuida al Presidente de la República; prerrogativa de gracia que encuentra viabilidad en sus tres manifestaciones, así como indulto particular, como indulto con alcance colectivo, de forma similar a los indultos generales, y como amnistía. Su normativa reguladora, apenas se limita a lo dispuesto en algunas circulares al respecto y en las normas consuetudinarias nacidas de la costumbre; es característico del procedimiento de concesión su flexibilidad y ausencia de formalismos, procedimiento que es tramitado por el Ministerio de Justicia. El Decreto de concesión, acto sometido al refrendo del Primer Ministro y del Ministro de Justicia, se concibe como un acto no susceptible de control judicial ni de control político; tan sólo y como única forma de que el Parlamento reciba explicación acerca de la decisión presidencial, se concibe la interpelación al Gobierno mediante preguntas orales y escritas, así como el recurso a la moción de censura.

NOVENA.- En el Ordenamiento Italiano, tiene presencia la gracia en sus tres tradicionales manifestaciones, así como indulto particular, indulto general y amnistía, que reciben, respectivamente, la denominación de “grazia”, “indulto” y “amnistia”. Manifestaciones que reciben tratamiento constitucional y cuya titularidad de su ejercicio queda atribuida al Presidente de la República, exigiéndose previamente para el caso del “indulto” y la “amnistia”, una ley de delegación aprobada por ambas cámaras con mayoría de dos tercios. En lo referente al procedimiento por el que se ejercita la faculta de grazia, su tramitación compete al Ministro de Gracia y Justicia, quien elevará una propuesta al Presidente de la República; propuesta que, en la praxis, no resulta vinculante para éste, quien ostenta una muy cualificada facultad discrecional en orden a decretar o no el acto gracioso, separándose, en su caso, del contenido del acto ministerial.

DÉCIMA.- En Alemania, la Ley Fundamental de Bonn atribuye el ejercicio de la potestad de indulto al Presidente de la Federación, quien podrá delegar dicha facultad en otras autoridades. Asimismo, y dada su configuración como Estado Federal y en virtud y con los límites dispuestos en el Código Procesal Alemán (StPO), los Länder podrán prever en sus respectivas constituciones el ejercicio de la prerrogativa de indulto. Por su parte, y en relación a la tramitación de los expedientes de indulto, corresponde la misma al Ministerio Fiscal, autoridad encargada, asimismo, de su ulterior ejecución.

Es de destacar, por su similitud con el supuesto patrio, la omisión constitucional a la amnistía, generadora de un denso debate doctrinal al respecto, impulsado en gran medida por el reconocimiento de la constitucionalidad de determinadas leyes de amnistía por parte del Tribunal Constitucional Alemán.

DÉCIMOPRIMERA.- Encauzado ya en el angosto propósito de determinar una definición del indulto particular que reconcilie sus pretéritos elementos configuradores, sus señas de identidad, con las modulaciones que el constitucionalismo democrático le exige, advertimos una preliminar controversia que precisa delimitar con cierta fidelidad los márgenes del instituto; así la Ley 2/98, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en su artículo 20 refiere al término indulto como causa de exclusión de la responsabilidad administrativa derivada de la comisión de infracciones de esta naturaleza, atribuyendo el ejercicio de tal prerrogativa al Consejo del Gobierno Vasco o al órgano foral correspondiente, en función del órgano que dictó la norma de cuya infracción se deriva la sanción objeto de la respectiva remisión. Desde mi particular consideración entiendo que tal manifestación no puede alcanzar la consideración de indulto, en cuanto tal prerrogativa está constitucional e inderogablemente atribuida al Rey, en virtud del artículo 62.i) de la Norma Normanorum. La prerrogativa de gracia alcanza consideración constitucional expresa, de la que se infieren tres fundamentales condicionantes, so pena de ser desnaturalizada, así la exigencia de que la titularidad de la prerrogativa, en su manifestación de indulto particular, reside y ha de residir en el Rey, el sometimiento de su ejercicio a lo dispuesto en las leyes, y la proscripción expresa de los indultos generales. Por tanto, considero, que si bien puede ser susceptible de cierta modulación tanto el contenido como la forma de ejercicio de la gracia, en caso alguno ha de entenderse admisible la derogación o la negación de la identidad del titular de la prerrogativa, de modo que habría necesariamente de privársele de la consideración de indulto particular, cualquier manifestación, a pesar de su idéntica o similar denominación, a pesar de su idéntico o similar contenido, cuyo titular de su ejercicio no fuera el Rey.

DÉCIMOSEGUNDA.- Entiendo que diferente consideración ha de merecer la oportunidad de que el indulto sea susceptible de extenderse a la sanción administrativa; en contra de esta posibilidad no existe una prescripción constitucional concreta, entendiendo, por ende, que es objeto de ser determinado mediante una norma con rango legal que avale su oportunidad y viabilidad, no existiendo, a mi parecer, impedimento alguno que obste la extensión del indulto particular como instituto susceptible de remitir sanciones administrativas. Pero, aun así, mientras la legislación no acomode sus presupuestos a esta posibilidad, lo cierto es que el indulto particular es, a día de hoy, el delimitado por la Ley de 18 de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, es decir un indulto referido exclusivamente a la sanción penal.

DÉCIMOTERCERA.- Sin perjuicio de que el acto de gracia sea un acto regio sujeto como tal al instituto del refrendo, y ello suponga que tanto la responsabilidad del mismo como su propio contenido sean asumidos de hecho por el órgano refrendante, se plantea hasta que punto puede adquirir virtualidad la voluntad regia, si su función ha de limitarse en exclusiva a una función meramente simbólica o si participa de algún modo en la decisión graciosa, si podría llegar a adquirir relevancia jurídica una posible oposición del Monarca a lo decidido por el refrendante y sus posibles vías de solución.

A mi juicio, me parece, por una parte, no sólo posible sino además exigible que el Rey se niegue a avalar con su firma un acto manifiestamente inconstitucional, en virtud del encargo constitucional de “guardar y hacer guardar la Constitución y las Leyes”, contenido en el artículo 61.1 de la CE, posibilidad que, en consecuencia, llevaría aparejada insoslayablemente una facultad controladora, aunque sea relativa a un control del todo limitado y superficial; pero, por otra parte, entiendo que tal atribución controladora, por nimia y limitada que pueda

llegar a ser, conlleva asunción de responsabilidad a él imputable, responsabilidad que sería al mismo tiempo contrapuesta con la ausencia de responsabilidad exigida por la Constitución Española. Entre las escasas aportaciones doctrinales al respecto, intereso resaltar la suscrita por LÓPEZ GUERRA, quien, si bien con una fórmula tímida y quizás algo ecléctica, parece optar finalmente por la negación al Monarca de facultad controladora alguna, a quien a todo lo sumo le reconoce una facultad moderadora, entendida como participación en el margen de la colaboración. Desde mi particular consideración, y ante la consustancial desavenencia entre la negación del Monarca a avalar actos manifiestamente inconstitucionales, por una lado, y la irresponsabilidad del mismo preceptuada de forma expresa por la Constitución, por otro, a la hora de optar me inclino, en sintonía con LÓPEZ GUERRA, por entender una facultad regia traducida en facultad de colaboración, sin ostentar facultad de control alguna, aunque en determinados casos excepcionales, no me sirva de más motivación para esgrimir la negación del control que la motivación derivada de la exigencia de irresponsabilidad del Rey constitucionalmente consagrada.

DÉCIMOCUARTA.- En cuanto a la naturaleza jurídica del indulto particular desde el prisma del indultado, así como desde el prisma del reo en el que concurren los condicionantes o presupuestos que harían viable u oportuna la concesión de la gracia, resulta ampliamente controvertida su consideración, así como derecho, expectativa de derecho o, la posición más dominante, la negación de todas ellas. La posición doctrinal mayoritaria, capitaneada por AGUADO RENEDO y ESCRIBANO COLLADO, y en referencia al potencial beneficiario de la gracia (no al indultado), entiende que éste no ostenta derecho alguno al indulto, en cuanto la principal nota característica de tal beneficio es la discrecionalidad; ni derecho ni expectativa de derecho, todo lo más el derecho a la solicitud de indulto.

Por mi parte, si bien comparto incuestionablemente tanto la negación al condenado por sentencia firme de un derecho al indulto, como el innegable reconocimiento de un derecho a la solicitud, derecho a la solicitud que entiendo inexorablemente extensivo a un derecho al procedimiento administrativo y a una resolución motivada sobre la pretensión, por el resto discrepo en cuanto entiendo que al sujeto solicitante, o por quien se ha solicitado el indulto, y, por tanto condenado por sentencia firme, en el que concurren determinados presupuestos, que a su vez son coincidentes con los que en anteriores ocasiones han motivado una resolución estimatoria de la gracia, el ordenamiento jurídico irrefutablemente le confiere una tangible protección; alcanzando así, y en consecuencia, la calificación de expectativa de derecho, y no así una esperanza de derecho jurídicamente irrelevante. Protección que, considero, es conferida por la extensión del contenido del derecho fundamental a la igualdad consagrado y garantizado en el artículo 14 de la CE, así como por la extensión del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos reconocido en el artículo 9.3 de la CE, y a la que no escapa la potestad de graciarse como así ninguna de las restantes potestades discrecionales.

DÉCIMOQUINTA.- En lo tocante al tratamiento de la naturaleza jurídica del indulto desde el punto de vista del ya indultado, entiendo que el indulto una vez ha sido concedido, es decir, una vez ha sido dictado y publicado en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto estimatorio de la pretensión graciosa, indudablemente genera un haz de facultades para su sujeto pasivo, el indultado, concretadas en su aplicación y consecuencias, así, a título de ejemplo, la práctica por el órgano sentenciador de determinadas diligencias, tales como la declaración de la extinción de las penas sobre las que recaiga la gracia, la emisión y remisión del correspondiente mandamiento de libertad al centro penitenciario en el supuesto de encontrarse el indultado privado de libertad, la excarcelación del indultado, en su caso, por parte del Director

del Establecimiento Penitenciario,..., haz de facultades de que es titular el sujeto pasivo de la gracia, el indultado, al que el ordenamiento jurídico le confiere expresa protección y medios de defensa, pues es del todo inoportuno considerar que el condenado a pena privativa de libertad que se encontrase cumpliéndola de forma efectiva, y habiéndose publicado en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto por el que se remite dicha pena, no pudiera exigir o no le fuera reconocido el derecho a su puesta en libertad. Haz de facultades que unido a la protección dispensada por el ordenamiento jurídico en orden a su ejercicio, alcanzan, a mi entender, la consideración de un verdadero derecho para su titular, el indultado. La calificación del indulto como derecho para el indultado, supone además, desde mi parecer, la solución más oportuna a la hora de conciliar o concebir tanto la posibilidad de su renuncia por el beneficiario, como la imposibilidad de su revocación por el concedente. La idea de renuncia presupone inexorablemente una tenencia o titularidad; no es dable siquiera plantear la posibilidad de renunciar a algo que no se posee previamente o de la que no se es titular; asimismo me resulta difícil imaginar una consideración ajena a la de derecho para aquel haz de facultades que le es conferido a un condenado por sentencia firme, tras concurrir diversos presupuestos, que no es susceptible de ser revocado por el concedente, que es viable su renuncia por su titular, y que el ordenamiento jurídico le profesa protección en orden a su ejercicio y defensa.

DÉCIMOSEXTA.- A mi juicio entiendo que la operatividad del instituto del indulto particular supone un elevado coste al Estado Social y Democrático de Derecho, encontrando por ello justificación, únicamente, cuando su recurso se constituye en el único instrumento para alcanzar el elevado fin al que está adscrito, tal cual es la realización de la justicia al caso concreto; es decir, cuando los Jueces y Tribunales se han visto imposibilitados o la ley penal ha carecido de la suficiente previsibilidad para realizar la justicia a un caso concreto, es cuando el fin de la gracia

de indulto se erige en causa de suficiente entidad para excepcionar el *ius puniendi* del Estado, y por ende se convierte en justificado y exigible su ejercicio.

DÉCIMOSEPTIMA.- Entiendo, por lo anterior, que el instituto del indulto no debiera constituirse en una vía alternativa de justicia en manos del poder ejecutivo mediante un ejercicio abusivo del mismo, que igualmente no debe olvidarse que la concesión de multitudinarios y simultáneos indultos particulares no dejan de esconder, enmascarar y simular indultos generales, constitucionalmente proscritos, que el instituto no debiera desligarse y desvincularse de su esencial carácter residual y, fundamentalmente, subsidiario, y que, en cualquier caso, la prueba de un nimio y escaso recurso a su ejercicio es la prueba de un eficiente y justo sistema.

DÉCIMO OCTAVA.- Entre los presupuestos cuya concurrencia se hace exigible en orden a una ulterior concesión de la gracia de indulto, resulta controvertida la expresión contenida en el apartado 1 del artículo 15 de la Ley de 18 de junio de 1.870, por la cual se viene a disponer, como condición tácita de todo indulto, “que no cause perjuicio a tercera persona o no lastime sus derechos”. Presupuesto que, desde mi particular consideración, me parece en exceso confuso, por cuanto me pregunto, ¿en qué puede perjudicar y a quien la remisión o no de una pena de un tercero condenado?, y ¿qué derecho ostenta el perjudicado o la víctima a la no remisión de la pena impuesta al condenado? A mi juicio, la víctima o perjudicado por un delito en caso alguno es titular de un derecho a la pena del culpable o responsable penalmente, todo lo más de un derecho a la tutela judicial efectiva que entre otras manifestaciones se extiende al derecho a un procedimiento con todas las garantías, sin que bajo ningún concepto tenga derecho de

disposición alguno sobre la pena ni sobre su posible remisión, así como tampoco se puede considerar perjudicado jurídicamente por que se aplique la ley, (en este caso la Ley de Indulto), al conceder la gracia. Asimismo, entiendo, sin perjuicio de obviar aquellas motivaciones que se escapan de un plano estrictamente jurídico, de la oportunidad o no de dedicar un sentir hacia las víctimas en una ley dirigida al culpable, que el precepto y presupuesto en cuestión carece de contenido real, que es estéril en cuanto no representa un supuesto determinado o determinable, que tal condición no es susceptible de ser exigible por inexistente, por cuanto no está previsto en el plano jurídico ni un derecho de la víctima o perjudicado por un delito al cumplimiento efectivo de la pena por el culpable o ni un derecho a la remisión de la misma.

DÉCIMONOVENA.- En relación a la confusa y desacertada excepción contenida en el artículo 3 de la Ley de 18 de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la gracia, redacción que ha originado y sustentado el debate acerca de la oportunidad del llamado indulto anticipado, considero como cuestión preliminar la necesidad de determinar cual o cuales de los presupuestos exigidos en el artículo 2 son susceptibles de ser excepcionados. Considero, por mi parte, del todo ilusoria y desafortunada siquiera la posibilidad de plantear la excepción a la exigencia de que exista condena firme para que el reo pueda ser indultado; tal presupuesto concilia indubitadamente con la propia naturaleza, con los elementos que definen y caracterizan, y desde antaño han definido y caracterizado esta forma de gracia, y su excepción supondría desvirtuar el instituto, confundiéndolo con otras formas actualmente proscritas. El indulto particular, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal, y como tal presupone la previa existencia de una pena, la cual no tiene virtualidad ni existencia sino tras la sentencia; el indulto llamado anticipado, no sería en caso alguno un medio de extinción de la responsabilidad criminal, en cuanto está no estaría aun determinada, así como tampoco estaría conformada siquiera

la culpabilidad; todo ello, con independencia de constituir una clara negación del derecho a la tutela judicial efectiva, entre otros de titularidad de la víctima o perjudicado por la comisión del hecho típico penalmente. Como *LEGE FERENDA*, proponemos la inaplazable necesidad de acometer la reforma del artículo 3 de la Ley de 18 de junio de 1.870, por la que se establecen reglas para el ejercicio de la gracia de indulto, por una parte, en orden a acotar con claridad la extensión de la excepción en él contenida a los presupuestos 2º y 3º del artículo precedente, excluyendo con rotundidad la peligrosa posibilidad del indulto anticipado, así como, por otra parte, o bien justificar adecuadamente la especialidad y el tratamiento privilegiado en el supuesto de los llamados “delitos políticos” adecuando, en todo caso, su sistemática a la del Código Penal de 1.995, o bien suprimiendo la susodicha especialidad, en cuanto difícilmente puede fundamentarse, en el momento presente, un tratamiento privilegiado para el caso de los referidos “delitos políticos”.

VIGÉSIMA.- Es de destacar la indefinición positiva en general de las causas o motivos que fundamentan la concesión de indulto, consagración del carácter abierto del derecho de gracia en orden a las referidas causas o motivos que, siempre inspiradas en razones de justicia, equidad o utilidad pública, han de fundamentar la susodicha concesión, como manifestación de la realización de la justicia material al supuesto particular, que, en cualquier caso, no ha obstado para su determinación o delimitación, operando a modo de precedente, a través de la concreción, a lo largo de su dilatada evolución histórica, de los fines de justicia material que justifican el instituto, (siempre, y reiteramos, sin perjuicio, de su carácter abierto atendidas las especialidades y singularidades de cada caso concreto que harán oportuna la concesión del indulto cuando la misma suponga la realización de la justicia material), causas que podemos denominar comunes y que se identifican con la vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones

indebidas, la vulneración del principio de proporcionalidad de la pena, el cambio de doctrina jurisprudencial y la llamada *poena naturalis*.

VIGÉSIMOPRIMERA.- A mi juicio, y en relación a la causa o motivo de indulto fundamentado en la vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, entiendo que los efectos compensatorios beneficiosos que las dilaciones en el devenir procesal pueden operar a favor del procesado o condenado (propuesta de solicitud de indulto / aplicación de atenuante analógica) no habrían de ser diferentes para el supuesto de que las susodichas dilaciones fueran consideradas indebidas o no tuvieran tal consideración, en cuanto los referidos efectos tratan de compensar la lesión que el procesado ha sufrido en su derecho a una tutela judicial efectiva, así como la de evitar que se apliquen penas que han dejado de estar afectas a los fines que las justifican (reinserción social, rehabilitación, reeducación, entre otros), ya que con esas dilaciones, aun sin el rango de indebidas, se han podido menoscabar o frustrar los susodichos fines. En suma la lesión al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del procesado es la misma, con independencia de la causa o razón que la origina.

VIGÉSIMOSEGUNDA.- Desde mi consideración, entiendo sería planteable, *a priori*, la oportunidad de que todas las causas que pudieran fundamentar la concesión de indulto estuvieran positivamente determinadas en la propia Ley de Indulto, ganando con ello en seguridad jurídica y restringiendo y menguando el, en ocasiones, desmedido poder otorgado al Gobierno en estas lides, reforzando así los tibios márgenes que separan lo discrecional de lo arbitrario, pero no debe olvidarse que el indulto constituye en esencia un instituto residual, excepcional, cuyo recurso se hace factible únicamente cuando ni la ley penal ni los órganos judiciales encargados de aplicarla han dispuesto de los medios

necesarios para la realización de la justicia a un caso concreto, así el instituto actúa cuando no ha habido previsibilidad, de tal modo que si fueran previsibles y enumerables los supuestos en que existe una incapacidad para la realización de la justicia material, la tasación de los mismos habría de operar en el ámbito de la ley penal y no de la ley de indulto.

VIGÉSIMOTERCERA.- En el seno del procedimiento de indulto, y en relación a las diligencias a practicar en la fase de instrucción, manifiesto mi particular disensión a la oportunidad del trámite de petición de informe al órgano sentenciador sobre la conveniencia de la medida de remisión de una pena que él mismo determinó e impuso, a salvo los supuestos en que la conveniencia de la gracia se fundamente en hechos que no pudieron ser determinados en la sentencia condenatoria, como hechos acaecidos con posterioridad a la misma. ¿Qué razones, sino razones de justicia y equidad, fundamentan los fallos de los órganos sentenciadores? ¿Cómo un órgano sentenciador puede informar acerca de la existencia de razones de justicia y equidad para remitir una pena que él mismo ha fijado? ¿Es que la justicia no cuenta con herramientas para ser justa? ¿Es que es dable distinguir una justicia justa de otra que no lo es? Entiendo en cualquier caso, cuanto menos, paradójico que el órgano judicial aprecie y remita la necesidad de hacer justicia al Poder Ejecutivo.

VIGÉSIMOCUARTA.- No exento de controversia está lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley de 18 de junio de 1.870, por el cual se exime de “oír previamente al Tribunal sentenciador” cuando el indulto tenga por objeto la conmutación de penas impuestas por los delitos mencionados en el artículo 3 de la L.I., es decir por los llamados “delitos políticos”. De lo que se deduce que, en estos casos, será el órgano ejecutivo quien

decidirá sobre la oportunidad o no de conceder la referida audiencia al órgano sentenciador. La expresión “oír” empleada por el Legislador da lugar a confusión en cuanto si ha de referirse la dispensa al trámite de informe en toda su extensión, prescindiendo de cualquier intervención del órgano sentenciador en este trámite, o si ha de circunscribirse a la manifestación lanzada por éste en cuanto a la justicia o conveniencia y forma de la concesión de la gracia.

Por mi parte, entiendo más oportuno y más acorde al propósito del legislador, en base a los términos empleados, la segunda posibilidad planteada, en cuanto que en el susodicho trámite la única manifestación de voluntad emitida por el órgano sentenciador es la contenida en el dictamen propiamente dicho; por tanto, si se dice “oír” lo más adecuado sería referirlo únicamente al parecer del órgano sentenciador, materializado a través del dictamen. Todo ello, como es obvio, sin perjuicio, de la valoración que pueda merecer el hecho de otorgar un diferente tratamiento a los indultos que tengan por objeto la conmutación de penas por los delitos a que se refiere el artículo 3 de la Ley 18 de junio de 1.870.

VIGÉSIMOQUINTA.- A mi juicio entiendo que la especial naturaleza del acto por el que el Rey ejerce el derecho de gracia, aducida por la Orden del Ministerio de Justicia de 10 de septiembre de 1.993, no constituye argumento de suficiente entidad que obste a la aplicación subsidiaria, en toda su extensión, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero. Aplicación subsidiaria que, entiendo, deriva de la incuestionable naturaleza administrativa del procedimiento de indulto, que ha de ser conceptuado, por sus indudables singularidades, como procedimiento administrativo especial.

VIGÉSIMOSEXTA.- En relación al plazo en que ha de resolverse el procedimiento de indulto ni la Ley de 18 de junio de 1.870 ni su posterior reforma, hacían alusión alguna al respecto; habrá de ser el Real Decreto 1879/1994, de 16 de septiembre, por el que se aprueban determinadas normas procedimentales en materia de Justicia e Interior, el que en su artículo 6, apartado 1, vino a disponer que “los procedimientos a los que dé lugar el ejercicio del derecho de gracia habrán de ser resueltos en el plazo máximo de un año, pudiendo entenderse desestimadas las solicitudes cuando no haya recaído resolución expresa en el indicado plazo”. Sin embargo, es con la promulgación de la Ley 4/1999, de 13 de enero, con la que se produce, a mi juicio, una quiebra del sistema establecido relativo al plazo máximo de resolución de los procedimientos de indulto, en cuanto que el apartado segundo del artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, vendría a exigir que “el plazo máximo en que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento. Este plazo no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea”; previéndose, al tiempo en la Disposición Transitoria Primera, apartado segundo de la Ley 4/1999, de 13 de enero, que “en todo caso, cuando las citadas normas hayan establecido un plazo de duración del procedimiento superior a los seis meses, se entenderá que el plazo máximo para resolver y notificar la resolución será precisamente de seis meses, con las excepciones previstas en el apartado segundo del artículo 42”. Destáquese, por su parte que el Legislador en la Disposición Adicional Primera, apartado primero, consagra expresamente que “en ningún caso, las especialidades de los distintos procedimientos podrán suponer una disminución o limitación de las garantías consagradas en esta Ley”.

Pues bien, nos detenemos en este punto expositivo en orden a significar las siguientes valoraciones: así entendemos, por una parte,

una institución, la gracia que, a través de una norma con rango reglamentario, el Real Decreto 1879/1994, de 16 de septiembre, fija en un año el plazo máximo para resolver los procedimientos derivados del derecho de gracia; posteriormente, una norma de superior rango, la Ley 4/1999, de 13 de enero, que fija en seis meses el plazo máximo para resolver todos los procedimientos administrativos, y por tanto también el de indulto, sin más excepción que “una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea”. De modo que nos encontramos, tras la entrada en vigor de la Ley 4/1999, de 13 de enero, con que el mandato contenido en el artículo 6 del Real Decreto 1879/1994, de 16 de diciembre, por el que se fija en un año el plazo máximo para dictar las referidas resoluciones está destinado a su invalidez, dado su carácter de norma reglamentaria y la contradicción expresa de su mandato con el contenido en la norma de superior rango. Asimismo el Legislador, en un intento de adaptar diferentes disposiciones al mandato contenido en el apartado segundo del artículo 42, antes mencionado, aprueba la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, que en su Disposición Adicional Vigésimo Novena, con la rúbrica “Régimen jurídico aplicable a la resolución administrativa en determinadas materias”, apartado primero, remite a su Anexo I, significando que los procedimientos administrativos citados en el mismo habrán de resolverse y notificarse en los plazos que quedan indicados, sin que el procedimiento administrativo de indulto encuentre en él reflejo. Por todo lo expuesto, y en conclusión, es dable significar que las resoluciones derivadas del procedimiento administrativo de indulto, han de dictarse y notificarse en el plazo máximo de seis meses, por lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 42 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y la Disposición Transitoria Primera, apartado segundo, de la Ley 4/1999, de 13 de enero.

Como LEGE FERENDA, proponemos acometer una reforma legislativa en orden a conciliar los extremos anteriormente expuestos en

los márgenes del mandato contenido en el apartado 2 del artículo 42 antes mencionado.

VIGÉSIMO SEPTIMA.- En cuanto a la posibilidad de que la resolución derivada del derecho de gracia adopte la forma de acto presunto, desde mi particular consideración no valoro ninguna objeción a la oportunidad de entender que transcurrido el plazo máximo para dictar resolución, fijado en seis meses, haya de entenderse resuelto el procedimiento por un acto administrativo presunto; diferente cuestión es la de los efectos que procede atribuir al correspondiente silencio administrativo, así el Real Decreto 1.879/1994, de 16 de septiembre, vino a reconocer expresamente la oportunidad del acto presunto, como acto susceptible de poner fin al procedimiento de indulto, consagrando su artículo 6 los efectos desestimatorios que el silencio administrativo ha de producir sobre la susodicha solicitud. Posteriormente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, tras su modificación operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, viene a prever en el apartado 2 de su artículo 43 que “los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario”, y el artículo 44, relativo a la falta de resolución expresa en procedimientos iniciados de oficio, viene a establecer en su apartado primero que “en el caso de procedimientos de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, los interesados que hubieren comparecido podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo”. De modo tal que, tras la entrada en vigor de la Ley 4/1999, de 13 de enero, el régimen del efecto desestimatorio del silencio administrativo derivado del acto presunto que pone fin al procedimiento de indulto, consagrado en el artículo 6 del Real Decreto 1879/1994, de 16 de septiembre, y siempre en relación a los procedimiento iniciados a solicitud del interesado, vendría destinado a su invalidez; sin embargo, dichos efectos no se verían definitivamente invalidados habida cuenta la

aprobación de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, administrativas y del orden social, por la cual en su Disposición Adicional Vigésimo Novena, apartado segundo, se vino a disponer que los procedimientos que se relacionan en el anexo 2 de esta disposición se entenderán incluidos en la excepción prevista en el apartado 2 del artículo 43 de la Ley 30/1992. Anexo 2 en el que figura el procedimiento relativo al ejercicio del derecho de gracia. Es decir, que una norma con rango de Ley (la Ley 14/2000, de 29 de diciembre), tal y como exige para excepcionar los efectos del silencio positivo el apartado segundo del artículo 43 de la Ley 30/1992, modificada por la Ley 4/1999, absorbió a través de su Disposición Adicional Vigésimo Novena, apartado segundo, el mandato contenido en el artículo 6 del Real Decreto 1879/1994, de 16 de diciembre, en lo relativo a los efectos desestimatorios del silencio administrativo derivado del acto presunto por el que se pone fin al procedimiento de indulto; así pues, y en conclusión, cabe advertir que en los procedimientos de indulto de no recaer resolución expresa en el plazo de seis meses habrá de entenderse en todo caso desestimada su solicitud.

VIGÉSIMO OCTAVA.- En cuanto a la posibilidad de extender el tiempo de tramitación del procedimiento derivado del derecho de gracia, prevenida en el artículo Primero de la Orden del Ministerio de Justicia de 10 de septiembre de 1.993, entiendo, desde mi más particular consideración, su inoportunidad, por cuanto dicho precepto está destinado a su invalidez por contravenir expresamente el mandato legal contenido en el artículo 42.2 de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, en su modificación operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, el cual fija en seis meses el plazo máximo para resolver todo procedimiento administrativo, que sólo podrá superarse cuando una norma con rango de Ley así lo establezca o así venga previsto en la normativa comunitaria europea, supuestos que no concurren en el caso que nos ocupa, en cuanto que una norma con rango no de ley sino reglamentario

(Orden Ministerial), faculta para sobrepasar cuantitativamente el límite máximo para resolver fijado legalmente. Precepto que por lo antedicho, entendemos atenta directamente contra el principio de jerarquía normativa consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución Española, interesando, asimismo, su destino a la solución del artículo 1.2 del Código Civil por el cual: “carecerán de validez las disposiciones que contradigan otras de rango superior”. Sin perjuicio de lo anterior, entiendo que el procedimiento de indulto, como todo procedimiento administrativo, es susceptible de superar de hecho el tiempo máximo para dictar resolución, pero siempre por la vía de la suspensión del procedimiento, de concurrir los supuestos previstos en el apartado 5 del artículo 42 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y no por la vía del artículo 1 de la Orden del Ministerio de Justicia de 10 de septiembre de 1.993.

VIGÉSIMONOVENA.- En referencia a la denegación de la gracia de indulto, la praxis avala que la misma no adopta forma alguna, resultando del todo incognoscibles e inalcanzables las razones que propiciaron tal decisión y, con mayor trascendencia, eximiendo la susodicha decisión y sus fundamentos de cualquier género de control; por su parte la Ley por la que se establecen las reglas para el ejercicio de la gracia de indulto omite cualquier referencia al destino de las denegaciones de los indultos.

Desde mi punto de vista, y una vez constatada la ineludible consideración como acto administrativo de la denegación del indulto, y en el seno de la discusión acerca de si debiera ser exigible la manifestación de la consiguiente voluntad mediante un acto expreso, un Real Decreto, por la aplicación subsidiaria del mandato contenido en el apartado primero del artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, o bien si habría de encontrarse la conciliación mediante la consideración de la denegación como acto

administrativo presunto, entiendo, comulgando fielmente con la primera de las opciones planteadas, carente de toda fundamentación el eludir la aplicación subsidiaria de la ley 30/1992, así como el eludir la forma del acto de denegación, su publicidad, y la ausencia de control sobre la decisión y sus razones, degenerando así un régimen del todo dispar al previsto para el acto de concesión.

LEGE FERENDA: En conclusión abogo por una reconciliación normativa alcanzada con la publicación en el Boletín Oficial del Estado de los actos de denegación de los indultos, con los motivos que fundamentaron tal decisión, y adoptando la forma de Real Decreto.

TRIGÉSIMA.- En relación a la exigencia de motivación de las resoluciones de indulto, es de significar que la Ley 1/1988, de 14 de enero, por la que se modifica la Ley de 18 de junio de 1.870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la gracia de indulto, suprime la expresión “motivado” del contenido del artículo 30. A mi juicio entiendo del todo inoportuno traducir la supresión del término “motivado”, por la Ley 1/1988, de 14 de enero, como la habilitación al Consejo de Ministros para poder desvincularse de la necesidad de explicar las razones que fundamentaron la concesión o denegación de la gracia, no entendemos, por ende, que el Gobierno tras la referida reforma haya quedado exonerado de “motivar” los Reales Decretos de concesión (o denegación) de la gracia, posición que mantenemos en base a diversas argumentaciones tales como la propia voluntad del legislador, la aplicación subsidiaria del artículo 54.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la aplicación supletoria de la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición, por la extensión del artículo 14 de la Constitución Española o como presupuesto cualificado del control de la legalidad de los actos de indulto.

TRIGÉSIMOPRIMERA.- En relación a la posibilidad de tramitación preferente de determinados expedientes de indulto, prevenida en el artículo 28 de la Ley por la que se establecen las reglas para el ejercicio de la gracia de indulto, resulta cuestionable que si la decisión de tramitación preferente de determinados expedientes de indulto basada en la previa calificación por el Gobierno de su especial urgencia o importancia, se nutre, como se postula, de los mismos argumentos o motivos de fondo que las que justificarían una ulterior decisión graciosa ¿No se estaría constituyendo así con este recurso un modo de denotar la idoneidad de un expediente en orden a su concesión de forma anticipada, devaluando así el papel esencial del oportuno procedimiento, como único instrumento posible que, tras cumplir sus trámites, es susceptible de garantizar la conformación de una decisión adecuada a los fines de la institución?, ¿No ha de suponer, en su caso, una devaluación de las garantías y finalidad que ofrece el procedimiento del todo injustificada y peligrosa?, ¿No se escondería con tal propósito una consideración de la gracia como institución que ha necesariamente disfrazarse, en pro de su supervivencia en un Estado Democrático de Derecho, con un procedimiento inocuo que encubra una decisión graciosa preconstituida y que es producto de la peligrosa e insaciable voracidad de lo arbitrario? De ser así, nuevamente habrían aparecido indeseables e injustificadas expresiones de una arbitrariedad que inexplicablemente encuentra cobijo en esta institución, en contra de una gracia que evoluciona hacia la inaplazable necesidad de reglar, en la mayor medida de lo posible, los elementos de los que se sirve, reservando la diferencia para el ejercicio de una prevista y lícita potestad discrecional.

TRIGÉSIMOSEGUNDA.- Sin perjuicio de la taxatividad con la que el artículo 18 de la Ley por la que se establecen reglas para el ejercicio de

la gracia de indulto, declara el carácter irrevocable de la concesión de indulto, ello no ha obstado a una espinosa discusión doctrinal al respecto. A mi juicio entiendo que el concedente en caso alguno está facultado en orden a revocar la concesión, con independencia de la determinación legal explícita, porque lo que antes era objeto de una facultad ciertamente discrecional sobre cuyo fallo no tenía disposición alguna el penado, una vez concedido el beneficio pasa a constituirse éste en derecho del beneficiario con el contenido obligacional y con las condiciones que en su caso se hubieren fijado en el Real Decreto de concesión.

TRIGÉSIMOTERCERA.- En cuanto a la, no menos controvertida, cuestión relativa a determinar la oportunidad o inoportunidad de que el beneficiario ostente un *ius renuntiandi* sobre el beneficio una vez concedido, entiendo, desde mi más particular consideración, que la gracia, constituyendo una excepción residual al *ius puniendi* del Estado que cede en pro de la justicia, la equidad y la conveniencia o utilidad pública, extinguiendo la pena lícitamente impuesta al penado o remitiéndola parcialmente, no puede obviar de su causa el beneficio que supone para el penado, la gracia, entre otras consideraciones, se concede por y para el penado. Si se exceptiona el *ius puniendi* por la justicia, equidad, conveniencia o utilidad pública del beneficio. ¿Cómo no va a ser viable que el beneficiario graciado, compensado, causa de la excepción al *ius puniendi* exija impedir el recurso a la peligrosa excepción? Asimismo no cabe plantear más perjuicio a tercero derivado de la referida renuncia que el propio de la acción de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Renunciabilidad de la gracia por el beneficiario que, igualmente, entiendo del todo vinculada a las consideraciones sobre la naturaleza jurídica del indulto, y de la que deducimos un necesario reconocimiento al beneficiario del poder de disposición suficiente en orden a renunciar a aquello que, entendemos, ya está inexorablemente destinado a constituirse en un derecho de su exclusiva titularidad.

TRIGÉSIMOCUARTA.- Enmarcados ya en el ámbito del control de la legalidad del ejercicio de la prerrogativa de gracia, objeto esencial del presente estudio, entiendo de primordial y preliminar significación que la supervivencia del instituto de indulto particular a las rígidas exigencias del Estado Social y Democrático de Derecho, constituido tras la promulgación de la Constitución Española de 1.978, ha devenido en la inaplazable necesidad de minorizar su alcance, desvincularse de aquellas definiciones que identificaban la gracia como una forma de manifestar o ensalzar las dimensiones de un poder absoluto, condicionarse a la exigencia de servir, únicamente y con carácter subsidiario, a la realización de la justicia al caso concreto, y, fundamentalmente, en la necesidad de someter su ejercicio al inderogable e inexcusable control de su legalidad. Tarea, esta última que entiendo, desde mi particular consideración, se encuentra indebidamente inacabada, tras más de veinticinco años desde la promulgación de la Constitución Española de 1.978; haciéndose por ello inaplazable, la adecuada configuración y correcta delimitación de los mecanismos de control sobre el ejercicio de la gracia e indulto, en orden a garantizar el efectivo cumplimiento de los fines a los que sirve. En ningún caso, entiendo, es dable considerar aquellas voces que se alzan invocando y aduciendo un insustancial e inconsistente carácter especial del instituto, a los efectos de cobijar en él, el pretexto para eludir el inexcusable control de su legalidad.

TRIGÉSIMOQUINTA.- El control político del ejercicio de la prerrogativa de gracia, por objeto la determinación de la posible responsabilidad política del Gobierno, y que en ningún caso ésta puede constituirse en una alternativa a la responsabilidad jurídica, queda referenciado al control parlamentario que, y siguiendo a ARAGÓN REYES, se extiende tanto al efectuado por el Parlamento como órgano, cuando el control

deriva de la adopción de una medida, generalmente una moción o proposición no de ley, votada por la mayoría necesaria, como al efectuado en el Parlamento como institución, cuando no llega a adoptarse la medida por falta de la mayoría exigida, pero en cualquier caso el control llega a tener lugar por el hecho de haberse planteado en sede parlamentaria y haberse discutido, con el consiguiente conocimiento por el electorado.

TRIGÉSIMOSEXTA.- Desde mi más particular consideración, entiendo que una vez deducida la naturaleza inequívocamente administrativa del procedimiento de indulto, se extrae la inmanente impugnabilidad de sus actos a través del sistema de revisión y recursos administrativos, prevenido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero. Impugnabilidad de los actos que no sólo ha de entenderse circunscrita a los actos que ponen fin al procedimiento de indulto, bien acordando la concesión o bien acordando o presumiendo la denegación de la gracia, sino que ha de entenderse extensiva a la posibilidad de impugnación de los denominados actos de trámite, en el sentido fijado en el artículo 107 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, es decir, siempre que éstos decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento, produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

TRIGÉSIMOSEPTIMA.- Los actos administrativos por los que se pone fin al procedimiento de indulto, tanto estimatorios como desestimatorios de la solicitud, tanto expresos como presuntos, son susceptibles de adolecer de un vicio de nulidad, tal y como se desprende de la propia

Ley de 18 de junio de 1.870, por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, así como de la propia naturaleza administrativa del acto; así la actuación del Gobierno en el ejercicio de la prerrogativa de gracia, al igual que en el ejercicio de cualesquiera otras potestades administrativas, puede en ocasiones ser contraria al Ordenamiento Jurídico, y, por ende adolecer de la referida nulidad, véase así, a título de ejemplo, un Real Decreto por el que se concede un indulto que ha sido dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o incluso un acto por el que se deniega el indulto, lesionando al tiempo el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley del solicitante tras haber sido concedido en otros supuestos con presupuestos idénticos, entre otros. Vicios de nulidad que necesariamente han de ser advertidos y denunciados, así como contra los que ha de concederse la oportuna protección y garantía jurisdiccional, sin que sea dable postular que la especialidad de la gracia es tal que no le son vinculantes a su ejercicio los límites que el Ordenamiento Jurídico le impone al ejercicio de las restantes potestades administrativas, que no le es exigible el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas, que los actos por los que se pone fin al procedimiento no han de ser dictados por el órgano competente, entre otros, así como tampoco es dable mantener que el Derecho no prevé cauces por los que combatir tan patentes vulneraciones, así como por los que reestablecer sus perniciosos efectos. ¿O es que, por el contrario y como ejemplo, habría de ser condonado o pacíficamente aceptado y dotado de efectos, un Real Decreto por el que se concede un indulto de forma arbitraria, a sabiendas de su injusticia? La idea de acto administrativo conlleva inexorablemente la posibilidad de su nulidad, y ésta, a su vez, la inderogable posibilidad de su denuncia y debido control.

TRIGÉSIMO OCTAVA.- Una vez aceptada la necesidad de que el ejercicio de la potestad de graciarse por el Gobierno, ha de adecuarse, en

todo caso, a la Constitución y a las Leyes, que no puede sobrepasar, en modo alguno, lo discrecional para desvirtuarse en arbitrario, que no es el ejercicio de una potestad libérrima y descontrolada, que sus actos son susceptibles de ser nulos, y que, consecuentemente han de ser controlados, acaece la difícil tarea de determinar si es al órgano jurisdiccional contencioso-administrativo a quien corresponde en exclusiva el ejercicio del meritado control sobre los actos que ponen fin al procedimiento de indulto, o si bien, por el contrario, participa del mismo, y en qué supuestos, el órgano sentenciador a quien corresponde indispensablemente la aplicación de la gracia. Por su parte, AGUADO RENEDO, se muestra partidario de que sea el Tribunal Sentenciador quien asuma las facultades de control que quedan deducidas de sus competencias en orden a aplicar el indulto, asociando inseparablemente aplicación y control, y aduciendo la prevalencia del artículo 31 de la LI sobre lo dispuesto en los artículos 58.1 de la LOPJ y 2.a) de la LJCA por razón de la especialidad. Desde mi particular consideración, entiendo que el acto de indulto como acto eminentemente administrativo ha de estar inexorablemente sometido al control de su legalidad por los órganos del orden jurisdiccional contencioso administrativo, en virtud de lo dispuesto en los artículos 106.1 de la CE, 58.1 de la LOPJ y 1 y 2.a) de la LJCA; todo ello, sin perjuicio de las facultades de control que pudieran ser atribuidas al órgano sentenciador en todo caso manifestadas y circunscritas a la posibilidad de “no aplicación” del Real Decreto, expresamente advertida en la Ley de Indulto, en aquellos supuestos de evidente vulneración de la legalidad; “no aplicación” siempre justificada y pendiente de la previa o ulterior declaración de nulidad del acto, nulidad del acto que, entendemos, ha de ser encomendado su conocimiento y oportuna declaración al órgano jurisdiccional del orden contencioso-administrativo. Así, entiendo que el ejercicio por parte del órgano sentenciador de su expresamente reconocida facultad de “no aplicación” sin vinculación o pendencia de la nulidad del acto, produciría una patente indefensión tanto para el beneficiario del indulto como para el Gobierno, desprovistos así de participación procesal alguna, vulnerando de esta forma el derecho

reconocido y garantizado en el artículo 24 de la Constitución Española. La declaración de nulidad del acto para la entonces justificada “no aplicación” del indulto, precisa inexcusablemente de un procedimiento con todas sus garantías, oportunidades y trámites procesales, donde hacer efectivo, entre otros, el derecho de audiencia de parte; procedimiento cuyo conocimiento, a mi juicio, significo habría de ser insoslayablemente atribuido al órgano jurisdiccional del orden contencioso-administrativo.

TRIGÉSIMONOVENA.- En lo referente al tratamiento del llamado “caso Gómez de Liaño”, abordado por entender supone una prueba palmaria tanto de las debilidades y deficiencias del sistema, quizás devenidas por la superposición e intromisión, injustificadamente aceptada, entre los diferentes poderes del estado, como de la inadecuación, en algunos de sus aspectos, del instituto del indulto a los principios y directrices del Estado Constitucional de Derecho, abanderada en gran parte por esa ilegítima y malaventurada intención de seguir proclamando los vestigios y retazos absolutistas de la institución de la gracia de indulto, inadecuación que resalta precisamente cuando se tratan de hacer efectivos los mecanismos de control de la gracia, a modo de conclusión, y sin perjuicio de mi particular consideración acerca de la presunta nulidad del Real Decreto de Indulto 2392/2000 devenida, entre otras, por extender su eficacia sobre una pena que ya ha sido debidamente cumplida en contraposición expresa con lo prevenido en el artículo 4 de la LI, entiendo que nos encontramos ante un supuesto de ejercicio, por parte del órgano sentenciador, de su facultad de “no aplicación” del indulto, apoyada en una nulidad no declarada, tras un procedimiento debido con todas sus garantías que le han de ser anejas, sino en una nulidad siempre presunta por indebidamente determinada; nos encontramos, en definitiva, ante una manifestación de la “no aplicación” que se desliga y desprende de la causa que la justifica y legitima.

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

1.968

STEDH de 27 de junio de 1.968, caso Wemhif
STEDH de 27 de junio de 1.968, caso Neumeister

1.971

STEDH de 6 de julio de 1.971, caso Ringeisen

1.978

STEDH de 28 de julio de 1.978, caso Konig

1.981

STEDH de 6 de mayo de 1.981, caso Buchholz

1.982

STC 37/ 1.982 de 16 de junio.
STS de 22 de junio de 1.982.
STC 49/ 1.982 de 14 de julio.

STEDH de 15 de julio de 1.982, caso Eckle
STS de 16 de julio de 1.982
STEDH de 10 de diciembre de 1.982, caso Foti y
otros
STEDH de 10 de diciembre de 1.982, caso
Corigliano

1.983

ATC 77/ 1.983 de 23 de febrero.
STC 26/ 1.983 de 13 de abril.
STEDH de 13 de julio de 1.983, caso Zimmermann-
Steiner
STEDH de 8 de diciembre de 1.983, caso Pretto

1.984

STC 36/ 1.984 de 14 de marzo.
STC 223/ 1.984 de 9 de abril.
STS de 13 de julio de 1.984
ATC 788/ 1.984 de 19 de diciembre.

1.985

STC 5/ 1.985 de 23 de enero.
STC 43/ 1.985 de 22 de marzo.
ATC 900/ 1.985, de 13 de diciembre.

1.986

STC 65/ 1.986 de 22 de mayo.
STS de 9 de diciembre de 1.986.

1.987

STEDH de 23 de abril de 1.987, caso Lechner Hess.
STC 62/ 1.987 de 20 de mayo.
STEDH de 25 de junio de 1.987, caso Capuano.
STEDH de 25 de junio de 1.987, caso Baggetta.
STEDH de 25 de junio de 1.987, caso Milasi.
STC 160/ 1.987 de 27 de octubre.

1.988

STC 14/ 1.988 de 4 de febrero.
STC 19/ 1.988 de 16 de febrero.
STS 1.069/ 1.988 de 25 de abril.
STC 144/ 1.988 de 12 de julio.
STS de 23 de octubre de 1.988
STC 233/ 1.988 de 2 de diciembre.

1.989

STC 28/ 1.989 de 6 de febrero.
STC 39/ 1.989 de 16 de febrero.
STC 50/ 1.989 de 21 de febrero.
STC 83/ 1.989 de 10 de mayo.
STEDH de 7 de julio de 1.989, caso Sanders

1.990

STC 8/ 1.990 de 18 de enero.
STC de 1 de marzo de 1.990
STC 85/ 1.990 de 5 de mayo.
STC 95/ 1.990 de 23 de mayo.
ATC 360/ 1.990 de 5 de octubre.

1.991

STC 61/ 1.991 de 20 de marzo.
STS de 7 de junio de 1.991
STS de 24 de junio de 1.991
STC 150/ 1.991 de 4 de julio.
STS de 5 de julio 1.991
STS de 28 de octubre de 1.991
STC 224/ 1.991 de 25 de noviembre.

1.992

STS de 31 de enero de 1.992
STC de 13 de mayo de 1.992
STS de 14 de mayo de 1.992
STS de 6 de julio de 1.992
STS de 21 de julio de 1.992
ATC 347/ 1.992 de 19 de noviembre.

1.993

STS de 26 de enero de 1.993
STC 69/ 1.993 de 1 de marzo.
STC 111/ 1.993 de 25 de marzo.
STS de 24 de abril de 1.993
STC 150/ 1.993 de 3 de mayo.
STS de 18 de mayo de 1.993
STS de 10 de julio de 1.993
STS de 8 de noviembre de 1.993

STC 381/ 1.993 de 20 de diciembre.

1.994

STS de 17 de enero de 1.994
STC 35/ 1.994 de 31 de enero.
STS de 31 de enero de 1.994
STS de 14 de mayo de 1.994
STC 298/ 1.994 de 14 de noviembre.
STC 324/ 1.994 de 1 de diciembre.

1.995

STS de 19 de enero de 1.995
STS de 17 de febrero de 1.995
STS de 19 de diciembre de 1.995

1.996

STS de 2 de enero de 1.996
STS de 24 de febrero de 1.996
STC 41/ 1.996 de 12 de marzo.
STS de 26 de marzo de 1.996
STC 55/ 1.996 de 28 de marzo.
STC 100/ 1.996 de 11 de junio.
STS de 27 de septiembre de 1.996

1.997

STC 10/ 1.997 de 14 de enero.
STC 109/ 1.997 de 2 de junio.
ATC 243/ 1.997 de 30 de junio.

STC 150/ 1.997 de 29 de septiembre.
STC 161/ 1.997 de 2 de octubre.

1.998

STS de 3 de febrero de 1.998
STS de 14 de abril de 1.998
STC 99/ 1.998 de 4 de mayo.
STS de 6 de mayo de 1.998
STS de 12 de mayo de 1.998
STS de 30 de mayo de 1.998
STC 140/ 1.998 de 29 de junio.
STS de 21 de diciembre de 1.998

1.999

STS de 13 de febrero de 1.999
STC 14/ 1.999 de 22 de febrero.
STS de 24 de febrero de 1.999
STC 58/ 1.999 de 12 de abril.
STS de 24 de abril de 1.999
STS de 21 de mayo de 1.999
STS de 8 de junio de 1.999
STC 136/ 1.999 de 20 de julio.
STC 184/ 1.999 de 11 de octubre.
STS de 11 de octubre de 1.999
STS de 15 de octubre de 1.999
ATS de 18 de octubre de 1.999
STC 198/ 1.999 de 25 de octubre.
ATS de 28 de octubre de 1.999
ATS de 24 de noviembre de 1.999
STC 230/ 1.999 de 13 de diciembre.

2.000

STS de 13 de marzo de 2.000
STS de 23 de mayo de 2.000
STS de 26 de junio de 2.000
STS de 30 de junio de 2.000
STS de 7 de julio de 2.000
STS de 17 de julio de 2.000
STC 234/ 2000 de 3 de octubre.
STS de 5 de diciembre de 2.000

2.001

STS de 4 de enero de 2.001
ATS de 18 de enero de 2.001
STS de 5 de febrero de 2.001
STS de 12 de febrero de 2.001
STS de 7 de marzo de 2.001
ATS de 13 de marzo de 2.001
STS de 9 de abril de 2.001
ATS de 29 de mayo de 2.001
STS de 13 de junio de 2.001
STC 237/ 2.001 de 18 de diciembre.

2.002

STS de 15 de febrero de 2.002
STS de 30 de abril de 2.002
STS de 19 de julio de 2.002
STS de 9 de octubre de 2.002
STS de 14 de octubre de 2.002

2.003

STS de 6 de junio de 2.003
STS de 18 de julio de 2.003

2.004

SAN de 10 de febrero de 2.004

STS de 5 de marzo de 2.004

STS de 3 de junio de 2.004

SAP de Málaga de 8 de junio de 2.004

2.005

STS de 21 de enero de 2.005

STS de 12 de febrero de 2.005

STS de 15 de febrero de 2.005

APÉNDICE BIBLIOGRÁFICO

ABATE MARCHENA, Obras en prosa, Alianza, Madrid, 1.985.

AGUADO CORREA, T., El principio de proporcionalidad en Derecho Penal, Madrid, Edersa, 1.999.

AGUADO RENEDO, C.,

- “Análisis (estrictamente jurídico) de un indulto conflictivo: el “caso Gómez de Liaño”, en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 63. Septiembre-Diciembre, 2.001.

- “Problemas constitucionales de la potestad de gracia: en particular, su control”, en La democracia constitucional: estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente, 2002, Vol. I.

- Problemas Constitucionales del Ejercicio de la Potestad de Gracia, Ed. Civitas, Fundación Agrupación Independiente del Senado 1977, 2001.

ÁLVAREZ CARREÑO, S., El derecho de petición (estudio de los sistemas español, italiano, alemán, comunitario y estadounidense), Comares, Granada, 1.999.

ALZAGA VILLAAMIL, O., La Constitución española de 1978, Ediciones del Foro, Madrid, 1978.

ANTOLISEI, F., Manual de Derecho Penal. Parte General, Bogotá, Temis, 1.988.

ARAGÓN REYES, M.,

- Dos estudios sobre la monarquía parlamentaria en la Constitución española, Ed. Civitas, Madrid, 1990.
- Constitución y control del poder, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1.995.
- Estudios de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1.998.

ARAGONÉS BELTRÁN, E., "artículo 89", en La reforma de la Ley General Tributaria (Análisis de la Ley 25/1995, de 20 de julio), Cedecs Editorial, Barcelona 1995.

ARDANT, P., Institutions politiques & Droit constitutionnel, París, LGDJ, 1.998.

ARENAL, C., El derecho de gracia ante la justicia, t. XII de sus Obras Completas, Madrid, 1.896.

AVRIL, P. y GICQUEL, J., en Lexique de Droit constitutionnel, París, PUF, 1.994.

BARILE, P., en Istituzioni di Diritto Pubblico, Ed. Cedam, Padova, 1.999.

BARNES, J., "El principio de proporcionalidad. Estudio Preliminar", Cuadernos de Derecho Público, núm. 5, 1998, p. 16.

BECCARIA, C., Tratado de los Delitos y de las Penas, 5ª Ed. Facsimilar, México, D.F., 1.992.

BILBAO UBILLOS, "La Excarcelación tenía un precio. El Tribunal enmienda la plana al legislador (comentario de la STC 136/1999 en el caso de la Mesa Nacional de HB)", en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 58, 2000.

BODINO, J., Los Seis Libros de la República, Ed. CEC, Madrid, 1.992, vol. I.

BROUILLET, A., “Le Président de la République a le droit de faire grâce. Article 17”, en F. LUCHAIRE y G. CONAC (dirs.), La Constitution de la république française, París, Economica, 1.980.

CACERES CROSA, G., El refrendo ministerial, Universidad Central, Trabajos del Instituto González Posada, 1.934

CADALSO, F., La libertad condicional. El indulto y la amnistía, con un apéndice relativo a la condena condicional, Ed. Imprenta de Jesús López, 1.921.

CALATRAVA ESCOBAR, M. J., “Sanciones: Extinción”, en Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma, Libro homenaje al Profesor Don FERNANDO SAINZ DE BUJANDA, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1991.

CALDERÓN CEREZO, A., y CHOCLÁN MONTALVO, J. A., Derecho Penal. Parte General, Ed. Bosch, 1.999.

CAMERINI, G., “La grazia, la liberazione condizionale e la revoca anticipata delle misure di sicurezza”, Padova, 1.967.

CARBONELL MATEU, J.C., Derecho Penal: concepto y principios constitucionales, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1998.

CARRILLO DONAIRE, J.A. y GUICHOT, E., en “Alcance, límites y control de la prerrogativa de gracia (consideraciones en torno al indulto de Gómez de Liaño)”, Revista Andaluza de Administración Pública 42/2001, IAAP.

CHOCLÁN MONTALVO, J. A.,

- Individualización judicial de la pena, Ed. Colex, Madrid, 1.997.

- “La pena natural y sus efectos sobre la culpabilidad del autor”, en Actualidad Penal, año 2002.

- “La pena natural”, La Ley, nº 4797, mayo de 1.999.

CIAURRO, G. F., voz “Prerrogativa costituzionali”, Enciclopedia del Diritto, t. XXXV, 1.986.

COLOM PASTOR, B., El derecho de petición, Marcial Pons, Madrid, 1.997.

CONSTANT, B., Escritos Políticos, Ed. CEC, Madrid, 1.983.

CUERDA ARNAU, M. L., “Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho Penal”, Homenaje al Prof. Dr. Casabó Ruíz, Valencia, Universidad de Valencia, 1997.

DEL RIO, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española, núm. 76, Sesión de 18 de noviembre de 1931.

DEL TORO MARZAL, E., “Comentario al artículo 112.3 y 4”, en Córdoba Roda (dir.), Comentarios al Código Penal, Vol. II, Ariel, Barcelona, 1.972.

DIEZ-PICAZO, L. M., La criminalidad de los gobernantes, Barcelona, 1996.

DORADO MONTERO, P.,

- El derecho protector de los criminales, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1.915, T.II.

- “Amnistía e indulto”, Enciclopedia Jurídica Española, Tomo II, Ed. Francisco Seix, Barcelona, 1.910.

DUBOIS. A., en “Los abusos de la gracia” Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, t. 145, 1924.

ESCRIBANO COLLADO, P., voz "Expectativa", Enciclopedia Jurídica Básica, Ed. Civitas, Madrid, 1.995.

ESPÍN, E., en LÓPEZ GUERRA, L., e.a., Derecho Constitucional, vol. I, 4ª ed. Tirant lo Blanc, 2.000.

ESPINA RAMOS, J.A., "Indulto parcial y suspensión judicial de la pena resultante", Noticias jurídicas Aranzadi, núm. 105, 5 de abril de 2.001.

FASSONE, E., "La generalizzazione del diritto di rinuncia all'amnistia e suoi riflessi sulla costruzione giuridica dell'istituto", en Giurisprudenza Costituzionale, 1.971.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., (por remisión a lo suscrito por TORRES DEL MORAL), "La remisión condicional de la pena, el indulto y el arresto sustitutorio en caso de impago", en Ejecución de sentencias civiles y penales, Ed. Eurolex, Madrid, 1.994.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.,

- "Arbitrariedad y discrecionalidad", Cuadernos Civitas, Madrid, 1.991.

-De la arbitrariedad de la Administración, Ed. Civitas, 3ª ed. ampliada, 1999.

FERNÁNDEZ SARASOLA, I., "La Primera Constitución Española: El Estatuto de Bayona", Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2.003, Título de serie: España Estudios, Portales: Constituciones Hispanoamericanas, Sección: Historia, www.cervantesvirtual.com (consultada el 5 de junio de 2.006).

FERRINI, E., Diritto penale romano. Torino, 1.925. Cáp. IX.

FIESTAS LOZA, A., en "Los indultos concedidos por las cortes con motivo de la "publicación" de la Constitución de 1.812", Revista de las Cortes Generales, R. 2.613, nº 44, 1.998.

GALLEGO ANABITARTE, A. y MENÉNDEZ REXACH, A., en “Comentario al art. 97”, en Ó. Alzaga (dir.), Comentarios a la Constitución española de 1978, t. VIII, Cortes Generales-EDERSA, 1.998.

GARCÍA CANALES, M., en “La monarquía parlamentaria española”, Ed. Tecnos, 1.991.

GARCÍA FERNÁNDEZ, J., “El Gobierno en acción”, en Cuadernos y Debates, núm. 57, BOE-C.E.C., Madrid, 1.991.

GARCÍA MAHAMUT, R., El Indulto: un análisis jurídico-constitucional, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2.004.

GARCÍA PELAYO, M., “La división de poderes y su control jurisdiccional”, en Revista de Derecho Político, Separata de los números 18-19, 1.983.

GARCÍA PÉREZ, O., La Punibilidad en el Derecho Penal, Ed. Aranzadi, 1.997.

GARCÍA VALDÉS, C., en “El delito político”, Suplemento de Cuadernos para el Diálogo, nº 69, 1.976.

GARRIDO FALLA, F., “Artículo 29”, en Comentarios a la Constitución, Ed. Civitas, Madrid, 1.985;

GIMBERNART, en su artículo “Significado de la pena cumplida en la ley de indulto”, publicado en el diario EL MUNDO, de 13 de diciembre de 2.000.

GIMENO GÓMEZ, V., “La gracia de indulto”, en Revista de Derecho Procesal Iberoamericano, nº 4. Madrid, 1.972.

GÓMEZ COLOMER, J. L.,

- “El Ministerio Fiscal en el Derecho comparado”, Revista de Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal, núm. VI, 2.001.

- “El modelo alemán del Ministerio Público: aspectos organizativos y funcionales”, Revista de Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal, núm. IV, 1.999.

GONZÁLEZ CANO, I., La ejecución de la pena privativa de libertad, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1.994.

GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, Ed. Colex, Madrid, 1990.

GONZÁLEZ TREVIJANO, P., “El refrendo”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1.998.

GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, A., El Código Penal de 1.870, concordado y comentado, Burgos, 1.872, t. II.

GUERRA REGUERA, M., Condonación de sanciones tributarias y principios constitucionales, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995.

HAUS, Principios generales de derecho penal belga, traducción italiana, tomo II.

HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M., en “Artículo 56: El rey”, en ALZAGA VILLAAMIL, O., Comentarios a las leyes políticas: La Constitución española de 1.978, Ed. Edersa, Madrid, 1.983

HEYDE, W., “La jurisdicción”, en BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE Y HEYDE, Manual de Derecho Constitucional, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996.

HINTZE, O., Historia de las Formas Políticas (trad, J.Díaz G.), Editorial Revista de Occidente S.A., Madrid, 1.968,.

HUERTAS TOCILDO, S., “Principio de legalidad y normas sancionadoras”, en Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. El principio de legalidad, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

JAKOBS, G., Derecho penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, traducción de la 2ª ed. alemana (1991, por Cuello Contreras, J. y Serrano González de Murillo, J.L., Madrid, 1.995.

JESCHECK, H. H., Tratado de Derecho Penal. Parte General, vol. II, traducción y adiciones de Derecho español de MIR PUIG, S. y MUÑOZ CONDE, F., Barcelona, Bosch, 1.981.

KALT, B. C., en "Pardon me?: The Constitutional Case Against Presidential Self-Pardons", The Yale Law Journal, Volumen 106, número 3, Diciembre 1.996.

KANT, I., La Metafísica de las Costumbres, Ed. Tecnos, Madrid, 1.989.

KIRCHHEIMER, O., Justicia Política (trad. Quijano, R.), UTEHA, México, 1ª ed., 1.968.

KLUTH, W., "Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en el Derecho alemán", Cuadernos de Derecho Público, núm. 5, 1998.

LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., "La proporcionalidad de la norma penal", Cuadernos de Derecho Público, núm. 5, 1998.

LINDE PANIAGUA, E.,

- Amnistía e Indulto en España, Ed. Tucur Ediciones, Madrid, 1.976.

- "La clemencia (amnistía e indulto) a la luz de jurisprudencia de los Tribunales Supremo y Constitucional y del Código Penal de 1995", Boletín del Ministerio de Justicia nº 1823, 1998.

LLORCA ORTEGA, J., La Ley de Indulto: Comentarios, Jurisprudencia, Formularios y notas para su reforma, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2.003.

LÓPEZ AGUILAR, J. F., “Una reflexión a propósito del control parlamentario del ejercicio del derecho de gracia”, en Revista de las Cortes Generales, núm. 37, 1.996.

LÓPEZ GUERRA, L., “Las funciones del Rey la institución del refrendo”, en Estudio de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico, vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 1.997.

MANZINI, V., Trattato diritto penale italiano. Cuarta Ed. Vol. 1.III, Torino, 1.961.

MARTI, C., “Afianzamiento y despliegue del sistema liberal”, en TUÑÓN DE LARA, M. (dir.), Revolución burguesa, oligarquía y constitucionalismo (1834 – 1923), Barcelona, 1981.

MARTÍNEZ LAFUENTE, A., “La condonación de las sanciones tributarias”, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1980.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “Multas Administrativas”, en Revista de Administración Pública, núm. 79, 1976.

MARXEN, “Rechtliche Grenzen der Amnestie”, 1.984.

MAURACH, R., Derecho Penal. Parte General, actualizada por GÖSSEL, K. H. y ZIPF, H., Buenos Aires, Astrea, 1.995.

MENÉNDEZ REXACH, A., La Jefatura del Estado en el Derecho Público español, INAP, Madrid, 1.979.

MIR PUIG, S., Derecho Penal. Parte General, 3ª ed., Barcelona, 1.996.

MONNSEN, T., Derecho penal romano. Trad. Española T.I. Libro II, cap. III, y Libro III, cap. XXII.

MONTESQUIEU, CH. DE SECONDANT, Del Espíritu de las Leyes, (trad. N. Estévanez), Editorial Porrúa S.A., México, DF, 1985, (Libro VI, Cap. V).

MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., Derecho Penal. Parte General, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2.004.

OBREGÓN GARCÍA, A., La responsabilidad criminal de los miembros del Gobierno: análisis del artículo 102 de la Constitución española, Civitas, Madrid, 1996.

PÉREZ DEL VALLE, C., en “Amnistía, Constitución y justicia material”, REDC, núm. 61, 2.001.

PÉREZ FRANCESCH, J. L., y DOMÍNGUEZ GARCÍA, F., “El indulto como acto del Gobierno: una perspectiva constitucional. (Especial análisis del “caso Gómez de Liaño”)”, Revista de Derecho Político, nº 53, Madrid, 2.002.

PESSINA, E., Elementos de Derecho Penal. Trad. H. González del Castillo. Ad. De F. Aramburu. Tercera Edición, anotada y adicionada por Cuello Calón. E, Madrid, 1929.

PRÉTOT, X., en “Le pouvoir de faire grâce”, Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger, núm. 6, 1.983.

QUINTERO OLIVARES, G., Manual de Derecho Penal. Parte General, Ed. Aranzadi, Navarra.

RAINGEARD DE LA BLETIERE, L. M., en “Le Président de la République a le droit de faire grâce. Article 17”, en LUCHAIRE, F y CONAC, G. (dirs.), La Constitution de la république française, Paris, Economica, 1.987.

REALI, R., en “Grazia (Dir. Pen.)”, Enciclopedia Giuridica, XV, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, Treccani, 1.989.

RENOUX, T. S. y DE VILLIERS, M., en “Art. 17”, Code Constitutionnel (commenté et annoté), Paris, Litec, 1.994.

REQUEJO PAGÉS, J.L., Amnistía e Indulto en el Constitucionalismo Histórico Español, Revista Electrónica de Historia Constitucional, Número Dos, Junio 2.001, hc.rediris.es (consultada el 5 de junio de 2.006)

ROMAGNOSI, G., La Scienza della Costituzione, 1.849.

SAINZ MORENO, F., “Efectos materiales y procesales de la amnistía: responsabilidad patrimonial de la Administración, devolución de sanciones pecuniarias, satisfacción extraprocesal de la pretensión”, Revista de Administración Pública, nº 87, 1.978.

SALERNO, G. M., en “Art, 87”, CRISAFULLI y PALADÍN (dirs.), Comentario breve alla Costituzione, Padova, Cedam, 1.990.

SCHÜNEMANN, en “Amnestie und Grundgesetz”, ZRP, 1.984.

SELVAGGI, E., en “Grazia (Dir. Cost.)”, Enciclopedia Giuridica, XV, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, Treccani, 1.989.

SEVILLA SOLANA, F., Historia Penitenciaria de España. La galera. Apuntes de Archivo, Segovia, 1.917.

SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, J.E., Indultos y Amnistía, Colección de Estudios, Instituto de Criminología y Departamento de Derecho de Penal, Universidad de Valencia, 1.980.

TOMÁS Y VALIENTE, F., A orillas del Estado, Ed. Taurus, Madrid, 1.996.

VARELA SUANZES, J., “La Constitución Española de 1.837: una constitución transaccional”, Revista de Derecho Procesal nº 20, 1.983-84.

VILLAR PALASÍ, J. L. y SUÑÉ LLINAS, E., “Comentario al artículo 9 CE”, p. 572.

WADE-GODFREY, P., Constitucional Law, apud CIAURRO, G.F., voz “Prerrogativa costituzionali”, Enciclopedia del Diritto, t. XXXV, 1.986.

ZAGREBELSKY, G.,

- Amnistía, indulto e gracia. Profili costituzionali, Milano, 1.974.

-“Grazia (Dir. Cost.)”, Enciclopedia del Diritto, vol. XXI, Roma, Giuffrè, 1.971.

ZÚÑIGA URBINA, F., “Amnistía ante la jurisprudencia (derechos humanos como límite al ejercicio de la soberanía)”, Revista de Derecho Político, Madrid, 1.996.