

LA APORÉTICA CONSTITUCIONALIDAD DEL INDULTO

LUÍS RODRÍGUEZ RAMOS

Catedrático de Derecho Penal

Abogado

PERE SIMÓN CASTELLANO¹

Profesor Titular de Derecho Constitucional

Universidad Internacional de la Rioja

TRC, n.º 50, 2022, pp. 427-455
ISSN 1139-5583

SUMARIO

I. A modo de introducción: el indulto a debate. II. Reseña histórica. III. Derecho comparado. IV. Naturaleza jurídica compleja. V. Hacia la extinción del instituto del indulto. VI. Necesidad de una nueva ley transicional del indulto. VII. Conclusiones.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: EL INDULTO A DEBATE

1. Actualidad del tema e hipótesis de trabajo

Los recientes y polémicos indultos concedidos por el Gobierno a los condenados en el llamado «Juicio del Procés» han puesto de actualidad esta añeja institución, espécimen del genérico «derecho de gracia» junto con su compañera la amnistía. Se trata de dos instituciones «aporéticas», en el sentido de «asistemáticas» o «contrasistemáticas»², tanto en sus distintas vertientes (constitucional,

1 Magistrado (suplente) de la Audiencia Provincial de Girona.

2 En el *Diccionario de filosofía*, T. I, voz «Aporía», de FERRATER MORA, J., Ariel, Barcelona, 2004, aporía significa en griego «sin camino» o «camino sin salida», equivalente a «antinomía» o «paradoja» (aun cuando el autor en este diccionario confiere unos matices diferenciales a los tres términos), en definitiva, viene

penal y penitenciaria) como en su núcleo esencial, aunque ambas cumplen funciones claramente diferenciadas y emulan dos mecanismos clásicos, olvido y perdón, que permiten la vida en sociedad³. En primer lugar, son aporéticas en el esquema constitucional de la división de poderes, pues su ejercicio no deja de ser una invasión del ejecutivo —el indulto— y del legislativo —la amnistía— en el monopolio del Poder judicial, al que le corresponde en exclusiva la función constitucional de «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» (art. 117.3 CE), circunstancia que levanta fundadas sospechas sobre su carácter anacrónico. Esta invasión acaece en el indulto, anulando total o parcialmente la pena impuesta por la jurisdicción y, en la amnistía, borrando con efecto retroactivo el carácter delictivo de una conducta particular también enjuiciada, pero sin derogar la ley que tipificó el hecho amnistiado y que sigue tipificándolo como tal, no resultando en cambio invasiva la derogación de la ley penal que genera los conocidos y automáticos efectos retroactivos en la extinción de la responsabilidad penal de todos los procesados o condenados en fase de cumplimiento de la condena (art. 2.2 CP), circunstancia que, como en el indulto, puede afectar además a derechos fundamentales al principio de legalidad de los delitos y de las penas, al de tutela judicial efectiva y al de igualdad ante la ley, en los términos que se determinan *ut infra*.

A este carácter extravagante respecto a la división de poderes se suma la progresiva pérdida de necesidad de los indultos, al haber progresado la doctrina y la legislación penal, ampliando los mecanismos de individualización de la pena (tanto en la fase de determinación judicial como de ejecución), los de sustitución o suspensión de la privativa de libertad, los supuestos del recurso de revisión y el sistema progresivo de ejecución de la pena de prisión. Téngase en cuenta además que, en la regulación de la responsabilidad penal, coexisten diversas instituciones que tienen que ver con el perdón y el arrepentimiento que, o bien eximen —perdonan— de toda responsabilidad, como el desistimiento voluntario en la tentativa inacabada y el arrepentimiento eficaz en la acabada, o bien al menos la atenúan, como la confesión de la infracción y la reparación o aminoración del daño, y en el ámbito de la determinación de la pena también aparecen «perdones» parciales o cuasitotales, por imperio de la ley o por los márgenes del arbitrio judicial en la benigna medición de la pena y en la sustitución o la suspensión de

a ser una dificultad lógica insuperable, que en el ámbito filosófico se opone a lo sistemático. En la filosofía del Derecho abundan las aporías («Aporías en Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 16, pp. 61-80, de MARTÍNEZ GARCÍA J.I.), pues se resiste a someterse a la lógica, a un sistema holístico.

³ La referencia no es trivial. El indulto se equipara al perdón y la amnistía al olvido, lo que en su día permitió a la doctrina constitucionalista edificar las bases teóricas del llamado *derecho al olvido digital* con un ejercicio de reinterpretación de los principios del derecho fundamental a la protección de datos y responder así a la necesidad de frenar los efectos negativos que la hiperaccesibilidad de la información en Internet proyectaba en la dignidad de las personas, especialmente en la de aquellas que no tenían una trayectoria pública o noticiable. Vid. SIMÓN CASTELLANO, P.: *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*, Valencia: Tirant lo Blanch 2012, pp. 109-134; SIMÓN CASTELLANO, P.: *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE*, Barcelona: Wolters Kluwer – Bosch, 2015.

las privativas de libertad; y ya en la fase de ejecución penitenciaria, el sistema progresivo de clasificación y tratamiento del interno también «perdona», paso a paso y en cierto modo, esta pena hasta llegar al tercero y cuarto grado —concesión de la libertad condicional— en los que los penados llegan a gozar de un modo casi pleno de la libertad.

Centrando ya la atención en el indulto y sus conexiones con otras instituciones que también evolucionan, este carácter aporético convierte su tratamiento en inagotable, permitiendo aportar reflexiones enriquecedoras sobre su naturaleza y características, tanto en el ámbito de la ciencia del Derecho penal y penitenciaria como de su vertiente constitucional, modesta aportación esta última que es el principal propósito del presente trabajo. Téngase en cuenta que, como recuerda Carracedo Carrasco, en su realmente «holística» monografía sobre el indulto⁴, aun cuando la institución se remonte al origen de la sociedad y de la pena, en la actualidad se desarrolla «un frenético debate sobre su legitimación y su encaje en el Estado de Derecho, convirtiéndolo en un tema de acuciante actualidad», centrándose dicho debate en «tres dicotomías interrelacionadas entre sí: la discrecionalidad *vs.* arbitrariedad en la concesión y denegación de indulto; el potencial control *vs.* la intangibilidad de dichas decisiones; y el uso *vs.* el abuso que se le dispensa a la figura». Y mirando al futuro en el ámbito español, puede decirse que existe unanimidad en la necesidad de modificar la vetusta «Ley estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia del indulto de 1870» —en adelante LI—, con diversas propuestas incluida la final desaparición de la figura, cuando se perfeccione el funcionamiento de la legislación y de la Justicia penal y penitenciaria, convirtiendo esta institución en innecesaria⁵.

En estas páginas se trata pues de insistir en el carácter aporético de la institución en el actual sistema constitucional y en su carácter residual y transicional *ad extinctionem*, siendo su única y transitoria razón de ser los excepcionales fallos de los sistemas punitivos legal y judicial, y en este *itinere* conceder los indultos con un criterio restrictivo en atención a su excepcionalidad. Es decir, que debe considerarse esta modalidad del derecho de gracia como una «excrecencia constitucional»,

4 CARRACEDO CARRASCO, E.: *Pena e indulto: una aproximación holística*, Navarra: Aranzadi, 2018, p. 31. Esta obra es especialmente loable, por lo que se cita en este artículo con destacada reiteración respecto a la restante bibliografía, no reduciéndose sin embargo estas líneas a ser un resumen de esa reciente y meritoria publicación, pues se suman datos y reflexiones que suponen un notable valor añadido.

5 CARRACEDO CARRASCO, E., *ob. cit.*, p. 37, considera que la «actualización del régimen del indulto» en España «pueden clasificarse alrededor de cinco pilares principales, susceptibles de combinaciones entre sí: (i) órgano concedente; (ii) forma en que se adopta la decisión (motivación o exteriorización de la justificación de la decisión); (iii) procedimiento de concesión; (iv) ámbito material que el indulto puede comprender; y (v) transparencia de las decisiones». En cuanto a la desaparición de la institución del indulto, esta autora (pp. 53-55) parece considerar que la abolición del indulto, como modalidad de extinción total o parcial de la pena, aun cuando el Derecho penal haya madurado garantizando progresivamente la acertada aplicación del *ius puniendi* del Estado, aun tiene camino por delante y, en consecuencia, este instituto puede seguir teniendo sentido, centrándose su futuro inmediato en la limitación de la arbitrariedad, en la motivación y la transparencia, y en el respeto a los informes, al menos a algunos de ellos, a la hora de conceder el indulto.

cuyo destino final es la desaparición, primero *de facto*, por inaplicación y, finalmente, también *de iure*, por contar con suficientes mecanismos legales y judiciales para solucionar los supuestos que pudieran persistir. Y en este camino hacia su entierro, se acreditará la necesidad de elaborar una nueva ley reguladora del indulto, provisional en cuanto transitoria hacia su futura derogación, que acentúe su excepcionalidad y elimine los riesgos de inconstitucionalidad que no afectan de modo esencial a su carácter inconstitucional aporéticamente «constitucionalizado».

2. ¿Institución *ad extinctionem* o con *ratio essendi* constitucional?

Aun cuando exista un amplio consenso respecto al carácter residual y extravagante del indulto en el Estado democrático de Derecho, las justificaciones que se han esgrimido a favor de su acomodo constitucional son las siguientes, condensando y reformulando sus dos funciones primarias descritas por Carracedo Carrasco⁶: considerar el indulto como un instrumento de control, contrapeso o equilibrio entre los poderes del Estado, o como una institución con funciones políticas de diversas especies. La misma autora expone también las posibles funciones secundarias, que vienen a solucionar insuficiencias del sistema judicial o del ordenamiento jurídico, pero que no suponen afectación esencial de la división de poderes, funciones subsidiarias que se evaporarían al ritmo de la corrección de tales deficiencias⁷. En este epígrafe sólo se hace referencia a las primeras, que son las más directamente vinculadas con la Constitución y la división de poderes, es decir, con la existencia o inexistencia de una *ratio essendi* esencial y no una mera inercia residual, procedente del *ancién regime*, en un deseable proceso de extinción, funciones secundarias también *ad extinctionem* tratadas *ut infra*.

La primera pretendida función esencial es considerar el indulto como un instrumento de control, contrapeso o equilibrio entre los poderes del Estado. Sin reiterar todo lo expuesto sobre esta cuestión en la mencionada obra de referencia⁸, tal hipótesis debe rechazarse por razones de incongruencia con el sistema constitucional; en primer lugar, porque tal posibilidad de control del poder ejecutivo sobre el judicial no se concilia con que este poder puede ejercer frente aquél al ser recurrible en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo la resolución administrativa del Consejo de ministros; en segundo término, porque frente a los

6 Ob. cit. pp. 242 a 344.

7 Estas posibles funciones secundarias (pp. 168 a 249) son: la eliminación de penas impuestas de muerte o crueles y degradantes, instrumento de proporcionalidad (entre el hecho y la pena o dilaciones indebidas, para compensar penas «naturales» —*extra legem*—, para aplicar atenuantes o eximentes no legales o no alegadas en el juicio por razones de seguridad nacional o personal, por razones humanitarias y, en fin, para remediar la preceptiva aplicación del límite máximo de la pena), de aplicación retroactiva de nueva jurisprudencia favorable al reo, reparación de errores legislativos o judiciales y, finalmente, remido de sobrepoblación carcelaria.

8 Ob. cit. pp. 292 a 296.

excesos del poder legislativo en su función de elaborar leyes penales, el poder ejecutivo no cuenta con un instrumento análogo; además, porque el equilibrio de los tres poderes radica precisamente en su división, contando con la autoridad superior del Tribunal Constitucional para «controlar» el ejercicio de tales poderes dese la perspectiva de la Constitución, y, por último, porque la praxis demuestra que los indultos no siempre ni en la mayoría de los supuestos tienen que ver con la corrección de excesos de los jueces y tribunales. El hecho de que, en ocasiones, el indulto pueda servir para otorgar a una sentencia condenatoria las dosis de justicia y equidad que puedan faltarle, no supone que tal posibilidad suponga una necesidad constitucional, pues se tratará de un anormal funcionamiento de la Justicia que deberá tener su remedio en mecanismos, *de lege data vel ferenda*, que no afectan a un desequilibrio constitucional sino de legislación ordinaria.

La segunda función, dividida en diversas especificaciones⁹, tampoco encuentra encaje en el sistema constitucional, bien por incompatibilidad con el actual Estado de Derecho de viejas o inapropiadas praxis —indultos a presos para engrosar el ejército en misiones de guerra, o por razones de oportunismo político con fines partidistas—, bien por existir otros instrumentos para el logro de fines legítimos de política exterior —superación de viejas políticas, tratados y beneficios internacionales— e interior —principio de oportunidad legislado y carácter individual del indulto frente al generalmente colectivo de la amnistía¹⁰—.

3. Indulto: una inconstitucionalidad «constitucionalizada»

Como recuerda Carracedo Carrasco¹¹, citando a diversos autores, al tener el indulto su origen en la *indulgentia principis* de las monarquías absolutas, en la actualidad se convierte en un «cuerpo extraño, singular, *foraneus*» tanto en el seno del Estado de Derecho como en el sistema penal. En primer lugar, es patente su incompatibilidad con la esencial división de poderes que exige el carácter democrático del Estado constitucional pues, como se ha dicho, el indulto supone una invasión del Ejecutivo en el ámbito del Judicial, quebrantando el monopolio jurisdiccional de «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» (art. 117.3 CE) conculcando la

9 Ob. cit. pp. 297 a 333. Indulto por razones militares, por razones electorales y de cercanía, y por fines políticos en sentido estricto (para fines de política exterior o interior: sin perseguir paz social y concordia, y para alcanzar tales fines).

10 En este punto se discrepa de Carracedo, en la consideración de que el indulto pueda tener como finalidad o función primaria la de ser instrumento para alcanzar la paz social y la concordia (pp. 317 a 333), pues tales fines supraindividuales tienen mejor acomodo en la institución de la amnistía, como se argumenta *ut infra*.

11 Ob. cit. pp. 447 a 449. El aforismo alemán *Gnade vor Recht ergeben Lassen* (que prevalezca la misericordia sobre el Derecho), inspirado en la epístola de San Pablo a los romanos (6, 14-18), es claramente incompatible con el Estado de Derecho y la Constitución que lo conforma, aun cuando tenga acomodo en la divina dinámica del binomio justicia-misericordia.

intangibilidad de la cosa juzgada al revocar, en todo o en parte, una sentencia firme, al margen de los supuestos y del cauce jurisdiccional del recurso de revisión (arts. 118 CE, 17 y 18 LOPJ y 954 y ss. LECr).

Pero al margen de estas aporías orgánicas, el indulto también supone un atentado contra el principio de legalidad de los delitos (art. 25 CE), al invadir el Ejecutivo el ámbito del Legislativo de modo indirecto, alterando de hecho la penalidad prevista por la ley para una determinada conducta¹² y, además, aun cuando por definición no afecte al derecho fundamental del indultado a dicho principio, sí puede cuestionar la igualdad ante la ley (art. 14 CE) de terceros solicitantes de indultos en análogas circunstancias a los que se le deniga, máxime cuando no se exige la motivación de la denegación, y también afectar a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) de los sujetos pasivos de esos delitos cuyas penas se indultan contra su parecer. Ahora bien, estos reproches de inconstitucionalidad, como otros imputados al indulto, pueden ser obviados si, mediante una futura ley sucesora de la actual de 1870, su uso se torna realmente excepcional, adecuadamente reglado, exigiéndose una adecuada motivación y manteniéndose el control por la jurisdicción contencioso-administrativa. Por ejemplo, la vetada arbitrariedad a los poderes públicos en la CE (art. 9.3, 97, 103.1 y 117.1) es soslayable mediante esa nueva ley que diferencie el indulto de la amnistía y exija motivación acreditativa de la existencia de argumentos de justicia o equidad, al tiempo que tal motivación sea también preceptiva para su denegación, obviando así los posibles atentados contra la igualdad ante la ley.

II. RESEÑA HISTÓRICA

La historia del indulto se remonta a los orígenes de la sociedad, de los delitos y de sus correspondientes penas que la han acompañado al ser humano desde la noche de los tiempos¹³, habiendo mantenido su vigencia esta institución, en el tiempo y en el espacio, «con limitadas excepciones anudadas a la revolución francesa acontecida a finales del siglo XVIII»¹⁴.

12 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: «Una lectura crítica de la Ley de Indulto», *InDret*, n.º 2/2008, 2008, p. 8.

13 Con cierta razón LARNAUDE, a finales del siglo XIX, ya calificó el derecho de gracia de «rasgo de las sociedades primitivas». Vid. LARNAUDE, L.: «Rapport sur le droit de grâce», *Revue pénitentiaire et de droit penal*, T. 23, n.º 7, 1899, p. 938. Todos los autores que reseñan los antecedentes históricos del indulto son unánimes en este sentido de remontarse a la noche de los tiempos; por todos, algunos citados *ut infra*, vid. también HERRERO BERNABÉ, I.: «Antecedentes históricos del indulto», *Revista de Derecho de la UNED*, n.º 10, 2012, pp. 687 a 709, que además reúne los antecedentes históricos de la antigüedad —especialmente Grecia y Roma— y, españoles, de la edad media y moderna, así como los antecedentes de la LI de 1870, y que remonta el origen del indulto a la divinidad, representada por el rey absoluto.

14 CARRACEDO CARRASCO, ob. cit. pp. 31, 137 a 149. Filósofos y juristas del siglo XVIII rechazaron la figura del indulto, aun cuando el propio barón de Montesquieu, que consagró la división de poderes, respetara la capacidad del rey para otorgar el perdón, autor al que siguieron Guizot y Rousseau, con críticas de

Recuerda Requejo Pagés, en un trabajo al que se reenvía en este apartado para una detallada reseña de la evolución constitucional del «derecho de gracia»¹⁵, que a lo largo de los siglos los textos legales incurren en una sucesiva confusión terminológica en las referencias a esta institución: «El Fuero Juzgo, por ejemplo, utiliza el término *merced*; en tanto que las Partidas utiliza el de *gracia*; más recientemente, es habitual servirse de términos tales como *amnistía* e *indulto*, aunque este último puede calificarse como general o particular, siendo así que en Italia, por ejemplo, al indulto particular se le conoce con el nombre de gracia, esto es, con el que entre nosotros se utiliza para referirse a la clemencia en cuanto género. En medio de semejante profusión de términos se hace ciertamente difícil indagar en el contenido de la institución» desde el punto de vista histórico.

Ya en la etapa constitucional hay que reseñar, como de inmediato se especifica, que todos sus textos han hecho referencia al indulto en parecidos términos, apreciándose desde la Constitución de 1812 una preocupación por limitar el arbitrio del Rey y acentuar la excepcionalidad del derecho de gracia especialmente en el indulto, llegando a prohibirse los generales. Y en la historia reciente, tras la promulgación de la Constitución de 1978, esta lucha contra la arbitrariedad se ha manifestado en la revocación de algunos indultos por la Sala 3.^a del Tribunal Supremo¹⁶ y en el control semestral por el Congreso de los Diputados mediante el informe que se le debería remitir al respecto¹⁷.

Fue la Constitución de 1812 la primera en configurar como potestad del Rey (art. 171- «Decimotercia») «indultar a los delincuentes, con arreglo a las leyes», fórmula que repitieron las constituciones de 1837 (art. 47-3.º) y 1845 (art. 45.3), a la que añadió la de 1869 (art. 73-6.º) «salvo lo dispuesto relativamente a los ministros», que según su artículo 90 era *condicio sine qua non* la previa petición del indulto por el Congreso o el Senado. Finalmente la de 1931, por influencia del Presidente de la Comisión constitucional, el penalista Jiménez de Asúa¹⁸, en su artículo 102 estableció una fórmula tan peculiar como incongruente, pues además de la acertada prohibición de los indultos generales (precedente de la misma exclusión de la CE vigente), continuaba punto y seguido diciendo que «el Tribu-

Lardizabal y Uribe. Especial oposición a la figura mostraron Beccaria, Bentham, Kant («el indulto es, de entre todos los derechos del soberano, el más indecente, obscuro y deleznable, pues a la vez que prueba el esplendor de su grandeza, permite obrar injustamente en alto grado») y Feuerbach (con oposición más moderada, que atempera aun más su comentarista Mittermaier). Con posterioridad, los penalistas Romagnosi, Carrara y Pacheco se mostraron favorables a la figura del indulto, que Ihering, según otros autores, consideró «una válvula de seguridad», luego calificada de «último recurso», «válvula de escape» o incluso «lugar de huida» (pp. 155 y 156).

15 REQUEJO PAGÉS, J.L.: «Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español», en *Historia Constitucional* (revista electrónica), n. 2, 2001, p. 81.

16 Cfr. nota 40.

17 Disposición adicional de la L 18 de junio de 1870 estableciendo reglas para el ejercicio del derecho de la gracia de indulto, procedente de la reforma introducida por la LO 1/2015 de 30 de marzo (modificando el Código penal), Disposición final.1.

18 REQUEJO PAGÉS, ob. cit. pp. 96 a 100.

nal Supremo otorgará los individuales a propuesta del juzgador, del fiscal, de la Junta de prisiones o a petición de parte», si bien «en los delitos de extrema gravedad, podrá indultar el Presidente de la República, previo informe del Tribunal Supremo y a propuesta del Gobierno responsable».

Carece de interés, para un estudio del indulto en un marco como el actual de un Estado social y democrático de Derecho, mencionar lo acaecido durante la Dictadura franquista en materia de indultos, pues además de los auténticos que se concedieron —los particulares— se otorgaron multitud de indultos generales e, incluso, anticipados¹⁹ (antes de que se dictara sentencia),.

Y ya en la era democrática, la CE de 1978 alude al indulto en sus artículos 62 («Corresponde al Rey [...] Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales»), 87.3 (declarando la improcedencia de la iniciativa popular para la proposición de ley «... en lo relativo a la prerrogativa de gracia») y 102.3 (excluyendo de la «prerrogativa real de gracia [...] los supuestos del presente artículo», es decir, la «responsabilidad penal del Presidente y de los demás miembros del Gobierno» y específicamente los delitos de «traición» y «cualquier delito contra la seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones»). No está mencionada en la Constitución la amnistía, pero al ser una facultad del legislativo no parece que haya sido excluida del ámbito de sus competencias, aun cuando también haya desaparecido del CP 1995 como causa de extinción de la responsabilidad penal (art. 130)²⁰, permaneciendo en cambio en la LECr (art. 666-4.^a) como artículo de previo pronunciamiento, respectivas desaparición y permanencia que tienen sentido, pues así como una ley de amnistía puede dictarse anticipadamente a la sentencia condenatoria firme, tal opción no es posible como causa de extinción de una responsabilidad penal que no ha nacido, si la amnistía no extingue propiamente tal responsabilidad sino su causa: el delito.

El desarrollo de la regulación constitucional del indulto tuvo lugar, a los efectos que ahora interesan, mediante la citada LI de 18 de julio de 1870, aún vigente, estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto. Dicha ley ha sufrido algunos avatares, modificaciones y concreciones a lo largo de su larga

19 Formalmente la LI, en su artículo 2- «Primero», permite el indulto del «procesado», y este es el sentido histórico de su literal vigencia como «artículo de previo pronunciamiento» (art. 666 LECr). Pero el oxímoron que supone perdonar una pena aun no impuesta y su vinculación con los vetados «indultos generales», lleva a la conclusión de su tácita derogación. Vid. LLORCA ORTEGA, J.: *La ley de indulto (Comentarios, Jurisprudencia, Formularios y notas para su reforma)*, Valencia: Tirant lo Blanch 2003, pp. 52-53. Distinta es la dinámica de la amnistía que, al incidir sobre el delito y no sobre la pena de modo directo, puede dictarse por el Parlamento durante el proceso.

20 En los códigos penales históricos no aparece mencionada la amnistía como causa de extinción de la responsabilidad penal hasta el CP de 1870, manteniéndose en los de 1928, 1932, 1944 y 1973. Un completo repaso de las penas y su codificación el Derecho penal español, incluidas las causas de extinción de la responsabilidad penal, puede encontrarse en la obra de RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., SIMÓN CASTELLANO, P.: *La pena de ingreso en prisión. Regulación actual y antecedentes históricos*, Madrid: Wolters Kluwer – La Ley, 2021.

vigencia, pero no es el momento de más referencias en el texto principal²¹, pues *ut infra* se hace un análisis crítico de la misma, al tiempo que se aboga por una nueva regulación más acorde con la vigente CE, como reiteradamente se ha declarado.

Han existido algunos intentos de elaboración de una nueva LI, pero no han llegado ni siquiera a la fase de Proyecto²².

III. DERECHO COMPARADO

El instituto aporético del indulto no es únicamente un cuerpo extraño en nuestro sistema constitucional, penal sustantivo, procesal y penitenciario, que se conserva en nuestra vetusta tradición legal como reminiscencia o antigualla de las sociedades primitivas, sino que es un instrumento ampliamente aceptado y acogido en ordenamientos jurídicos extranjeros que, aún con notables diferencias, mantienen el polémico instituto como cláusula de cierre del sistema penal, a modo de parche multifuncional o como instrumento de política penitenciaria gubernamental.

No pretendemos hacer un análisis exhaustivo, con vocación sistematizadora, de los distintos modelos existentes en perspectiva comparada, pues tal pretensión desbordaría el objeto de esta humilde contribución al debate, un objetivo que además sería en vano existiendo ya previamente estudios a los que nos podemos remitir²³. Sin embargo, sí resulta necesario, llegados a este punto, detallar los

21 Ya con anterioridad a la promulgación de esta Ley, un Real Decreto de 7 de diciembre de 1866 había prohibido los indultos generales y los instados por petición colectiva, veto incluido en la vigente CE como se ha visto *ut supra*. Pero el primer avatar de la LI fue su derogación por la Ley de 9 de agosto de 1873, durante la Primera República, que suprimió los indultos salvo en los supuestos de pena de muerte, pero tal regulación no superó los cuatro meses de vigencia, pues el Decreto de 12 de enero de 1874 abrogó la ley derogadora restableciéndose en su plenitud la LI. Esta ley se vio afectada, en mayor o menor medida, por otras posteriores: la Ley electoral de 26 de junio de 1890, en su artículo 106, estableció que en los delitos electorales se prohibía el indulto antes de que se hubiera cumplido la mitad de la condena; el Real Decreto de 22 de octubre de 1906 dispuso el indulto preceptivo a los 30 años de cumplimiento de la pena de prisión perpetua; una Orden del Ministerio de Gracia y Justicia de 24 de diciembre de 1914 vetó nuevas solicitudes de indulto antes de que hubiera transcurrido un año desde la anterior, límite que derogó la Orden ministerial de 10 de septiembre de 1993; el Real Decreto-Ley 1526/1927 de 6 de septiembre, suprimió en el artículo 15-2.ª el requisito del previo perdón del ofendido; el Decreto del Ministerio de Justicia de 4 de febrero de 1932 adaptó la LI a la nueva regulación del indulto por parte de la Constitución republicana, suprimiendo el requisito procesal de pedir informe al Consejo de Estado; la Ley de vagos y maleantes de 1933 prohibió los indultos de las medidas de seguridad predelictuales, prohibición que no renovó la Ley de peligrosidad y rehabilitación social de 1970; el Decreto del Ministerio de Justicia del régimen de Franco de 22 de abril de 1938, restableció la LI al estado anterior a la reforma republicana.

22 Como el Anteproyecto de Ley reguladora de la gracia del indulto de 23 de junio de 1981 (Sección 4.ª de la Comisión general de codificación), y el Borrador de Anteproyecto de una nueva Ley de indulto de 18 de julio de 2005 (Comisión *ad hoc* en el Ministerio de Justicia).

23 Vid. el interesante y completo capítulo (el séptimo, intitulado «referencias de Derecho comparado»), de PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M.: *En defensa del indulto. Un ensayo sobre la institución jurídica del indulto*,

principales aspectos de aquellos modelos que tienen una influencia significativa en nuestro ordenamiento jurídico o que incluyen aproximaciones que podrían llegar a iluminar a nuestro legislador en un futuro.

El análisis debe empezar por los países europeos y los modelos vigentes en nuestro entorno. Para ello, la clasificación de los modos o tipos de *la concesión de gracia* formulada tiempo ha por Aguado Renedo²⁴ resulta referencia obligada. Esta, más concretamente, identifica tres grandes bloques. El primero (1) integrado por aquellos países que permiten la fórmula de la amnistía, ya sea de forma expresa *ex constitutione* —Italia, Francia y Portugal, siendo el titular de la potestad el Parlamento a través de Ley— o por falta de pronunciamiento en contrario —España, Austria, Bélgica, Irlanda, Luxemburgo, Alemania y Suecia—.

Como se ha dicho anteriormente, el fundamento y las razones de la amnistía son distintos y deben ser claramente diferenciados *stricto sensu* del indulto²⁵. Sin embargo, tiene sentido que Aguado Renedo los clasifique en un bloque específico, porque a pesar de que su fundamento teórico no comparta identidad sustantiva —no es lo mismo perdonar que olvidar—, históricamente esta ha sido una facultad vinculada al poder absoluto propio de las prerrogativas reales de gracia reservadas al Monarca.

Por el contrario, el segundo bloque se refiere en exclusiva al indulto (2), que se recoge en la mayoría de las constituciones europeas de forma general, esto es, sin especificar si este debe ser particular o también puede ser general. En Alemania y Francia, al igual que ocurre en España, es el propio texto constitucional el que requiere de forma específica que el indulto debe ser individual o particular. En cambio, en Italia y Portugal se contemplan ambas modalidades, es decir, también se incorpora la posibilidad de un indulto general que, sin embargo, será concedido en su caso por el Parlamento o las asambleas legislativas. Aunque la terminología empleada en Italia y Portugal se refiera *stricto sensu* al «indulto general», lo cierto es que el hecho que la titularidad o potestad para adoptarlo radique en el Parlamento nos advierte que, quizás, estamos ante una fórmula mixta, más cercana a la amnistía, tanto por lo que se refiere a la titularidad como en lo relativo a su carácter plural, al desplegar efectos para un grupo o colectivo y con aptitud general. En sintonía, por lo que se refiere a la titularidad o potestad del indulto particular, este se atribuye de forma mayoritaria al jefe de Estado —Alemania e Italia—, aunque su ejercicio viene condicionado por el ejecutivo, por ejemplo, a través de la institución del refrendo.

su problemática penal y las razones que justifican su pervivencia, Valencia: Tirant lo Blanch 2020, pp. 151-160. Vid. también las referencias concretas en perspectiva comparada en el reciente artículo publicado por QUINTERO OLIVARES, G.: «Los indultos: el derecho de gracia y la política española», en *Teoría & Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, n.º 30, especial dedicado a «Los indultos del procés», 2021, pp. 50-51.

24 AGUADO RENEDO, C.: *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, Madrid: Civitas, 2001, pp. 37 y ss.

25 Cfr. nota 2 del presente trabajo.

En último lugar, Aguado Renedo se refiere a (3) otras modalidades de gracia, como la conmutación de penas que, siendo ampliamente acogida en los ordenamientos jurídicos continentales, formalmente se atribuye al jefe de Estado, tal y como sucede con el indulto particular, y en algunos sistemas sus efectos equivalen a los del indulto.

Esta primera aproximación en perspectiva comparada ya nos permite poner de manifiesto que la prerrogativa de gracia no es una excepción o un cuerpo extraño diseñado en exclusiva por la normativa nacional, sino que encuentra una acomodación específica en todos los países de nuestro entorno, aunque con diferencias y matices significativos, como se verá más en detalle *infra*. Luego la potestad de la concesión de gracia no constituye ninguna anomalía constitucional, al margen de su carácter aporético.

Veamos, entonces, esas características que derivan la regulación concreta de algunos modelos europeos. En el caso de Francia, se utiliza el equivalente a la gracia, empleando el término *grâce*, equiparándolo al perdón y diferenciándolo de la *amnistie*, vinculada al olvido. El condenado ha de solicitar por escrito el indulto directamente al Presidente de la República, que dispone de la prerrogativa de indulto a título individual²⁶ —*ex* art. 17 de la Constitución francesa—. La iniciativa y la legitimación activa es mucho más limitada, si lo comparamos con lo que prevé nuestra legislación. Esta prerrogativa se ha vinculado tradicionalmente al jefe de Estado francés, con la única salvedad del periodo de la Revolución francesa —en el que fue expresamente abolida, al tratarse de una prerrogativa históricamente «real»—. Se trata de una potestad que deriva de un acto de conciencia, con cierto margen de discrecionalidad, aunque sometida a la institución del refrendo. Es el artículo 19 de la Constitución francesa el que señala que los actos distintos a los previstos en los arts. 8.1, 11, 12, 16, 18, 54, 56 y 61, entre los que no se incluye el citado art. 17, serán refrendados por el primer ministro y el ministro responsable —en este caso, el de Justicia—. La instrucción del expediente de indulto, en el caso francés, corresponde a la Dirección de Asuntos Criminales e Indultos del Ministerio de Justicia y la propuesta la formula, en la práctica, el ministro de justicia, que la traslada a continuación al Presidente de la República. Finalmente, el decreto de indulto se publica en el diario oficial para garantizar el control que eventualmente puede ejercer la opinión pública sobre la concesión de la gracia.

Por su parte, en Alemania, tanto el gobierno federal como los gobiernos de los Länder son competentes y gozan de la potestad —dependiendo del tipo de injusto— de indultar²⁷ —*ex* art. 452 del Código Procesal Penal alemán, la

26 Un estudio exhaustivo de la concesión de gracia en Francia puede encontrarse en la obra de DANET, J., GRUNVALD, S., HERZOG-EVANS, M., LE GALL, Y.: *Prescription, amnistie et grâce en France*, Dalloz, 2008. Vid. también los trabajos de GARCÍA MAHAMUT, R.: *El indulto. Un análisis jurídico-constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 103 y ss.; PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M., *ob. cit.*, pp. 152 y 153.

27 Vid. JESCHECK, H. H., WEIGEND, T.: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Comares, 5.^a ed., 2003, trad. Miguel Olmedo Cardenete, pp. 995 y 996.

StPO—. La Ley fundamental de Bonn reserva esa potestad —la gracia, *Gnadenbefugnis*, el indulto particular, *einzelbegnadigung*—, en el art. 60.2 y sólo en relación con los delitos graves, al Presidente federal, a título individual —la traducción literal nos remite a «cada caso particular»—. La decisión que el Presidente federal adopta no está sujeta a ningún control más allá de la publicidad que posibilita la crítica cívica y la eventual responsabilidad política, aunque también debe ser refrendada por un miembro del gobierno, normalmente el ministro federal de Justicia. Nótese que el refrendo en la práctica no nos permite hablar de un control *stricto sensu*, pues el ejecutivo está liderado por el Presidente que es quién toma la decisión final, de forma discrecional, y no resulta posible imaginar un supuesto en el que el ministro se niegue a refrendar. En los demás casos, esto es, más allá de los delitos graves —seguridad nacional y los demás delitos que se deciden en primera instancia en el ejercicio de la jurisdicción de la Federación—, la potestad de indultar no le corresponde al Presidente federal, sino a los líderes de los ejecutivos de los Länder y está regulado específicamente en las respectivas Constituciones estatales²⁸. Esta última es una derivada significativa del modelo de Estado federal, que incluye estructuras propias de gobierno compartido de la federación, pero, también, descentralización de *potestas* y competencias, incluida la concesión de la gracia.

En Suiza, por su parte, el art. 173.1.k) de la Constitución federal helvética atribuye al poder legislativo de la confederación y, más concretamente, a la asamblea federal, la potestad de conceder los indultos y las amnistías, si bien al tratarse de un estado profundamente descentralizado, esta facultad queda reservada a los asuntos enjuiciados por los tribunales de la federación, de tal modo que no entra en contradicción con la posibilidad de que se produzcan indultos e incluso amnistías en el ámbito de los cantones, en función de las competencias que estos ostentan y de acuerdo con los requisitos formales que incorporan las distintas legislaciones cantonales²⁹.

En Italia, la Constitución reconoce *ex art. 87.1* el *potere di grazia*, que corresponde al Presidente de la República y que se identifica con el indulto particular. Sin embargo, como ya anticipábamos anteriormente, el ordenamiento jurídico italiano también recoge expresamente la amnistía y el indulto general —*clemenza*—, aunque estos atribuidos al poder legislativo en virtud del art. 79 de la Constitución italiana, que además exige una mayoría reforzada, de dos terceras partes de los miembros de ambas cámaras legislativas; una mayoría que debe darse para cada artículo y también, en la votación final en su conjunto. Resultan interesantes algunos matices que prevé el texto constitucional italiano respecto a la amnistía y el indulto general, pues la intervención de las cámaras legislativas deberá venir

28 Vid. GARCÍA MAHAMUT, R., *ob. cit.*, pp. 116 y ss.

29 Vid. MAHON, P. en RUIZ FABRI, H., DELLA MORTE, G., LAMBERT-ABDELGAWAD, E.: *Rapport final recherche sur les institutions de clemence en Europe (Amnistie, grâce, prescription)*, 2005.

necesariamente acompañada de un plazo para su aplicación y, además, nunca podrá aplicarse para delitos cometidos con posterioridad a la presentación del proyecto de Ley. De este modo, se prohíbe olvidar o perdonar aquellos hechos que aún no han acontecido o que aún no han sido enjuiciados. Lo que genera contradicciones insalvables, actuando en cierto modo como si se tratara de una «autorización» de las cámaras legislativas *ex ante delictum* y *para delictum*. Sea como fuere, una previsión sugestiva, pues ya se ha indicado que durante la Dictadura franquista sí se produjeron indultos anticipados, antes de que se dictara sentencia. El art. 174 del *codice penale* italiano señala que el indulto condona, total o parcialmente, la pena impuesta o la conmuta por otro tipo de pena que establezca la ley, y sus efectos por defecto —salvo que el decreto de indulto disponga en sentido contrario— quedan limitados a la pena principal, puesto que no extingue las penas accesorias ni los demás efectos penales de la pena³⁰. El indulto puede estar sujeta a condiciones u obligaciones y no se aplica a los reincidentes ni a los infractores habituales, profesionales o de tendencia, salvo que el decreto disponga lo contrario. Además, el indulto particular puede concederlo el Presidente de la República italiana en ausencia de solicitud o propuesta —art. 681 del código de procedimiento penal—, aunque lo normal es que la solicitud de indulto venga firmada por el propio condenado o por un familiar cercano o por el conviviente o por el tutor o por el fiduciario o por un abogado o procurador. La solicitud de *grazia* —indulto particular— se presenta al ministro de gracia y justicia italiano y es este, además, quién deberá necesariamente refrendar la decisión del Presidente de la República.

En el Reino Unido el indulto es una auténtica prerrogativa real de origen histórico —la gracia de la reina— y se encuentra regulada en la *Rehabilitation of Offenders Act*³¹ de 1974, pero para su concesión normalmente se exige el previo cumplimiento de una parte de la pena si esta es de prisión, es decir, puede concederse con condiciones —*conditional pardon*—. Otra condición habitual es la de exigir al condenado que no reincida durante un tiempo determinado para que pueda beneficiarse de una medida de gracia. En el Reino Unido, además, también se diferencia entre el *pardon* —indulto— y el *general pardon* —amnistía—, y a la concesión de la gracia en general se refieren con la voz *mercy*³². En la práctica, la prerrogativa o gracia de la reina se ha reducido notablemente en favor del gobierno, a través de una comisión de evaluación de casos penales que realiza informes de idoneidad y, finalmente y en su caso, el secretario de estado remite su propuesta de indulto a la reina. Pedreira González³³ ejemplifica como el

30 Vid. el muy completo estudio desarrollado por ZAGREBELSKY, G.: *Amnistia, indulto e grazia. Profili costituzionali*, Giuffrè, 1974. El modelo italiano también ha sido analizado en GARCÍA MAHAMUT, R., ob. cit., pp. 100 y ss. y PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M., ob. cit., pp. 153-155.

31 Vid. QUINTERO OLIVARES, G., ob. cit., p. 51.

32 Para un análisis exhaustivo del modelo británico, vid. NOVAK, A.: *Comparative Executive Clemency: The Constitutional Pardon Power and the Prerogative of Mercy in Global Perspective*, Routledge, 2014.

33 PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M., ob. cit., p. 156.

modelo británico de indulto ha inspirado el de otros países anglosajones como Canadá, en el que el gobernador general, en representación de la Reina de Inglaterra, puede ejercer la prerrogativa de indulto tras recibir el consejo del ministro competente, o los casos de Australia y Nueva Zelanda, que siguen la misma estructura teórica con un ejercicio en la práctica dentro de la esfera de poder de los correspondientes gobernadores generales.

El modelo de los Estados Unidos reúne algunas notas propias de los modelos federales, comentados más arriba —caso alemán y helvético—. La prerrogativa de indultar las penas derivadas de delitos federales corresponde al Presidente de la República —véase art. II, sección segunda, apartado 1.º de la Constitución— y, en la práctica, es una potestad amplia —comprende indulto, suspensión de la ejecución de sentencias y conmutación de penas— que puede acordarse en cualquier momento *post delictum*, si bien se acostumbra a requerir que se trate de condenas firmes y que el sujeto haya reconocido su culpabilidad ——. La recepción, tramitación, gestión y evaluación de las solicitudes de indulto corren a cargo de una oficina especializada que depende del departamento de justicia de Estados Unidos, que emite una propuesta motivada al Presidente, que tomará la decisión con cierto margen de discrecionalidad³⁴. La facultad del Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica está limitada materialmente —sólo delitos federales— y, por ende, no puede acordar la gracia en caso de juicios políticos —*impeachment*— y tampoco en el supuesto de delitos previstos en las leyes penales de los Estados federados, en cuyo caso la prerrogativa corresponde a los gobernadores respectivos o a una junta de indultos y libertad condicional —en función del Estado, las leyes prevén que la potestad sea ejercida únicamente por el gobernador general o de forma conjunta con las citadas juntas—.

Pedreira González³⁵ presta también atención a ciertos países latinoamericanos —como Méjico, Chile, Argentina, Bolivia, Costa Rica, Uruguay, etc.—, que presentan un panorama muy heterogéneo de modelos en los que se prevén fórmulas que equivalen al olvido y al perdón y que, en definitiva, permiten la intromisión del ejecutivo y el legislativo en el judicial, dejando sin efecto a las sentencias o sin condena, total o parcial.

El estudio en perspectiva comparada, en definitiva, nos ofrece una visión general de cómo otros países han encauzado una institución de origen histórico real, la prerrogativa de gracia, con el fin de introducir el olvido y el perdón en el mundo del Derecho. Una prerrogativa real, vinculada a los poderes absolutos del monarca, que se conserva a modo de anacronismo histórico hasta día de hoy, si bien, los distintos Estados han modulado tales facultades *ex constitutione* adaptándolo a los principios básicos que inspiran sus modelos de Estado —los federales,

³⁴ Vid. DUKER, W. F.: «The President's Power to Pardon: A Constitutional History», en *William and Mary Law Review*, vol. 18, n.º 3, 1997, p. 475.

³⁵ PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M., ob. cit., p. 157-159.

segregando las potestades entre el Presidente de la federación y los ejecutivos de los estados federados, según si se trata de delitos federales o estatales— y su forma de gobierno —en las monarquías parlamentarias, como una potestad formal del jefe de Estado, que ostenta *auctoritas* sin *potestas* y que, por ende, debe venir refrendada por el ejecutivo—. Como hemos visto, la gracia en sus distintas modalidades es una institución presente en todos los países estudiados³⁶ —europeos, americanos, etc.— aunque son muchas las diferencias entre los distintos Estados, sin ir más lejos, son profundas las diferencias con nuestros países vecinos. En algunos —Italia y Portugal— se contempla el indulto general, cuya potestad ostenta el legislativo; en otros, como en España, sólo es posible el particular —Francia y Alemania—. Parece existir además cierto consenso en la doctrina internacional que entiende que el derecho de gracia puede servir efectivamente, en la práctica, para la realización de la justicia material —por razones de justicia o equidad—, corrigiendo decisiones judiciales materialmente injustas o inadecuadas por ser excesivamente formales. Esa finalidad sólo es alcanzable cuando esta institución se ejerce en base a un meditado ejercicio de equilibrio racional, su empleo es excepcional y está sometido a la crítica de la opinión pública libre y a otros controles³⁷, tales como la participación del propio poder judicial —informes, control de legalidad, limitaciones de las iniciativas— o el establecimiento de ciertas condiciones reforzadas —reconocimiento de la culpabilidad, arrepentimiento y perdón a las víctimas, exigencia del transcurso o cumplimiento de plazos y obligación que se haya cumplido una parte de la pena—. La práctica nacional empero se sitúa a las antípodas³⁸, como se analizará *ut infra*.

IV. NATURALEZA JURÍDICA COMPLEJA

El carácter aporético de la institución del indulto, residuo que persiste del *anciene regime*, complica la determinación de su naturaleza jurídica, que *a limine* viene

36 Un reconocimiento internacional que ha llevado a parte de la doctrina a sostener que existe una necesidad real que en la práctica es satisfecha por el indulto. Fliquete Liso, por ejemplo, así lo entiende, aunque luego matiza que la compatibilidad de la institución con el Estado de Derecho exige cambios y reformas *ex lege* que atribuyan al Poder Judicial la potestad de ejercer la gracia del indulto. Vid. FLIQUETE LISO, E.: «Indulto y poder judicial: ¿Un instrumento para la realización de la Justicia?», en *Persona y Derecho*, n.º 76, pp. 209-256.

37 La doctrina nacional lo ha recordado recientemente, exigiendo «límites severos» al indulto. Vid. RUÍZ MIGUEL, A.: «Gracia y justicia: el lugar de la utilidad pública», en *Ennomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 15, 2019, pp. 26-45.

38 Señala al respecto González Cussac que el indulto «en la práctica ha seguido anclado —por su propia naturaleza— en una zona de penumbra, al permitir tradicionalmente su aplicación por simples razones coyunturales o para encubrir la tan manida «razón de Estado». Así pues, también el indulto se ha usado, muchas veces de modo preponderante, por consideraciones estrictamente políticas». Es GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: «El indulto: una institución histórica e históricamente cuestionada», en *Teoría & Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, n.º 30, especial dedicado a «Los indultos del procés», 2021, pp. 10-23, p. cita 14.

a ser un conflicto de jurisdicción, de poderes, entre el ejecutivo y el judicial. Nótese que tanto la sentencia condenatoria como el indulto se dictan en nombre del jefe del Estado, y a pesar de ello es obvio que se trata de una injerencia del Gobierno en el ámbito de la Administración de Justicia. Se produce así un conflicto de jurisdicción constitucionalmente ya resuelto, si bien en contra de la división de poderes que el propio texto constitucional consagra, pues el monopolio jurisdiccional a la hora de «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» resulta conculcado al modificar el Gobierno, total o parcialmente, la sentencia condenatoria dictada por la Administración de justicia y sus efectos —salvo en los supuestos de instancia judicial, art. 4.3 y 4 CP—.

De lo anterior se infiere que nos encontramos ante una incongruencia sistemática de la propia Constitución, que contiene un precepto inconstitucional «constitucionalizado» en el mismo texto, a modo de excepción a la regla general (arts. 117.3 y 62.i CE). Pero con esta original naturaleza coexisten otras: la administrativa, con márgenes de discrecionalidad e informes previos preventivos, y la penal sustantiva.

Se trata, en primer lugar, de una resolución o acto administrativo (aunque materialmente no lo sea por razón de la materia, dada su extravagancia sistemática), que está sometido por tanto a la Constitución, a la legalidad y al Derecho (arts. 103.1 CE y 3.1 L 40/2015 de 1 de octubre de Régimen jurídico del sector público), pero una resolución administrativa con una serie de características que la convierten en peculiar, primero porque en el expediente deben figurar informes no vinculantes del tribunal sentenciador, del establecimiento penitenciario, del Ministerio fiscal y de la parte ofendida si la hubiere; hasta su supresión por la L 1/1988 de 14 de enero, el artículo 28 LI exigía también el informe del Consejo de Estado, supresión criticable pues tenía su sentido, dado el carácter constitucionalmente excepcional del derecho de gracia.

La vieja distinción entre acto administrativo y acto político, eximiendo al segundo de requisitos que eviten la arbitrariedad, ha periclitado al existir un control jurisdiccional sobre los actos de gobierno cualquiera que sea «la naturaleza de dichos actos» (Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa)³⁹. Como se ha dicho, es una competencia residual del poder ejecutivo, en cuanto contraria a la división de poderes por invasiva del monopolio jurisdiccional, carácter residual y de fondo inconstitucional que le asignan una alta dosis de excepcionalidad, característica que exige al Consejo de ministros una interpretación restrictiva de la ley, a la hora de conceder los indultos.

En segundo término, y en contraste con la nota anterior, también goza formalmente de un amplio margen de discrecionalidad, en tanto no se dicte una nueva ley reguladora del indulto que de modo expreso marque esos límites, pero tal margen de arbitrio tiene la frontera del veto de la arbitrariedad (arts. 9.3 y 97 CE) y la exigencia de suficiente motivación progresivamente confirmada por la

39 Por todos, CARRACEDO CARRASCO, ob. cit., p. 462, que en las siguientes trata lo relativo a la necesaria motivación de los indultos.

jurisprudencia⁴⁰. Y, en fin, resoluciones caso por caso sometidas al control jurisdiccional, como se ha visto, al que se suma el control semestral parlamentario sobre la actividad del Ministerio de Justicia en este ámbito (Disposición adicional de la LI, introducida por la LO 1/2015).

Y, en definitiva, en el ámbito jurídico penal sustantivo se trata de una modalidad de extinción, total o parcial, de la responsabilidad penal, por decisión del Gobierno y no del órgano juzgador, y además no aplicando normas del Código penal sino criterios abstractos de equidad, justicia o utilidad social⁴¹.

V. HACIA LA EXTINCIÓN DEL INSTITUTO DEL INDULTO

El carácter aporético y residual del *ancién regime* del indulto, en un deseable proceso de perfeccionamiento del Estado de Derecho, exige diseñar una estrategia que elimine sus actuales funciones excepcionales como cláusula de cierre de los fallos del sistema. Esta estrategia comprende el perfeccionamiento de los mecanismos de determinación e individualización de la pena en el ámbito judicial y en el de su ejecución penitenciaria, así como los instrumentos procesales que implementen dichos mecanismos y que, además, posibiliten la solución jurisdiccional de los errores judiciales, agilizando a su vez el poder legislativo la actualización y perfeccionamiento del catálogo de los delitos y de las correspondientes penas para que opere en su caso la aplicación retroactiva de la ley más favorable, siendo deseable además que los jueces y tribunales, ejercitando las facultades que el CP le otorga en su artículo 4, exciten al Gobierno para que modifique la ley penal cuando la realidad social lo vaya exigiendo. Y desde la doctrina jurídico penal, justificar la conveniencia y viabilidad de la supresión de este instituto, tradicionalmente uno de los modos de extinguir, total o parcialmente, la responsabilidad penal.

1. Planteamientos doctrinales

Comenzando por este último apartado, la dogmática penal ha tratado el indulto, principalmente desde la perspectiva de la teoría de la pena ya que este

⁴⁰ La STS, Sala 3.^a (Pleno) de 20 de noviembre de 2013, con seis votos particulares, rompió la inercia de no exigir una motivación en los indultos, más allá del cumplimiento de las normas de procedimiento, considerando que debía constar la relativa a la constatación de que los requisitos legales de justicia, equidad o utilidad pública se cumplían conforme a los datos fácticos que figuraban en el expediente, para eliminar todo atisbo de arbitrariedad. Tal doctrina se ha confirmado con la STS de 20 de marzo de 2018, Sobre esta materia puede verse CARRACEDO CARRASCO, ob. cit., pp. 446 a 476, que también aborda la temática del control jurisdiccional de la denegación de los indultos (pp. 469 a 473), con referencias a SSTC alemán, que diferencia entre los recursos relativos a denegaciones de indulto (que no requieren especial motivación), y los de concesión que sí la requieren.

⁴¹ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, ob. cit., pp. 6 y 7.

instituto no cuestiona el delito cometido, remitiéndonos una vez más a lo expuesto por Carracedo Carrasco sobre este particular⁴², para una información más completa y complementaria de la ahora resumida sobre dicho tratamiento. Sintetizando este contenido habría que distinguir en primer lugar entre los indultos justificados por motivos de justicia o equidad, que en principio serían compatibles con todas las teorías relativas a los fines de la pena, y los que en cambio tienen otro fundamento.

Si la condena es total o parcialmente improcedente, y el indulto viene a remediar el error cualitativo o cuantitativo de la pena impuesta, todas las teorías de la pena, tanto las absolutas —retribucionistas— como las relativas —preventivas— aprueban obviamente este instrumento de perdón, máxime cuando puede haber sido el mismo tribunal juzgador el solicitante (art. 4 CP). Las diferencias surgen respecto a otros supuestos centrados en los concedidos por razones la utilidad social, o también por motivos de reinserción social, durante el cumplimiento de la pena privativa de libertad, por ejemplo, al haber cambiado la jurisprudencia con posterioridad a la sentencia en un sentido *pro reo* o haber tenido el penado en el tratamiento penitenciario un notable progreso que aconseje acortar la duración de la pena, aminorando el periodo del tercer grado o incluso del de libertad condicional.

La llamadas teorías absolutas, puramente retribucionistas y por lo tanto próximas a una «ley del talión» atemperada, parecen incompatibles con los indultos ajenos a las razones de justicia y equidad predelictuales, pero tanto Kant como Hegel lo admiten, el primero en el caso extremo del estado de necesidad frente al riesgo de subsistencia del Estado, y el segundo, como reconocimiento supremo de la majestad del Espíritu, si bien configurándolo más como una amnistía al basarlo en la supresión del hecho delictivo. Pero fuera de estas situaciones excepcionales, por regla general sólo a través del «merecimiento» (*mutatis mutandis*, razones de justicia o equidad) encontraría justificación el indulto, no faltando supuestos en los que tal merecimiento se extiende más allá del Derecho penal de hechos ubicándose en un Derecho penal de autor pero en sentido positivo⁴³: compensación de la maldad del delito con la bondad superior del autor. Todas las posibles funciones/justificaciones de la institución del indulto, desde la perspectiva de las teorías absolutas de la pena, tienen alternativas dentro del sistema, como muy esquemáticamente resume Carracedo Carrasco⁴⁴, tras un tratamiento exhaustivo de los diversos autores adscritos a esta corriente doctrinal.

42 Ob. cit. pp. 345 a 443.

43 Como recuerda BACIGALUPO, E.: «Los límites políticos del Derecho penal», *Justicia penal y derechos fundamentales*, Madrid: Marcial Pons, 2002, pp. 20 a 22, citado por CARRACEDO CARRASCO (ob. cit. pp. 366 a 368), el neohegeliano BERNER justificaba el indulto, además de en otros cimientos, en la total personalidad del autor cuando es mejor que su acto particular.

44 Ob. cit. pp. 375 y 376, como el régimen penitenciario progresivo (tratamiento y clasificación), la amnistía, reformas de la ley penal y revisión de sentencias firmes, cuestiones de inconstitucionalidad, etc.

Ya en el ámbito de las teorías relativas o preventivas, que combinan el tradicional *quia peccatum est* (convirtiendo el delito en el fundamento de la pena, con exigencia de proporcionalidad, mirando al pasado) con el *nec peccetur* (con fines de futuro, de prevención general positiva y negativa —tranquilidad social y ejemplaridad frente a futuros delincuentes— y prevención especial también positiva y negativa —reinserción social y evitación de la reincidencia—), comenzando por la prevención general negativa, el recurso al indulto puede resultar de utilidad para solucionar problemas muy diversos. Entre otros, destacan los relacionados con la aplicación de leyes penales que merecen derogación, de desproporcionalidad de la pena en su aplicación al caso concreto, de desigualdad en sentencias recaídas en casos análogos o en la conveniencia de otorgar premios al delincuente por su buena conducta *post delictum* o por colaborar con la justicia. De este modo, se trata de ciertas funciones asumibles por el sistema legal, judicial y penitenciario, como ya se ha expresado respecto a las teorías absolutas⁴⁵; y en cuanto a la prevención general positiva, también este sector doctrinal es reacio a los indultos por ser en principio contrarios a la real vigencia de la ley penal, pero admiten excepciones para supuestos de error judicial, de desproporción cualitativa o cuantitativa de la pena y ante la posible deslegitimación del sistema penal, pero también en tales casos el propio sistema cuenta o puede contar con mecanismos propios distintos del extravagante indulto⁴⁶.

Y finalmente, en cuanto a las teorías de prevención especial, Merkel admitía los indultos como correctivos de defectos legales, como instrumento de consideración de circunstancias surgidas en la ejecución de las sentencias y por razones de Estado, propiciando en cambio Von Liszt instrumentos de ejecución de la pena para obviar el indulto, actitud posiblemente heredada por su discípulo Jiménez de Asúa que, como Presidente de la comisión constitucional republicana

45 CARRASCO CARRACEDO, ob. cit., pp. 377 a 388, tras exponer tales supuestos de la mano de BENTHAM, BECCARIA, LÁRDIZABAL, RUIZ Y RODRÍGUEZ, FEUERBACH, MITTERMAIER, que siendo por lo general contrarios al indulto lo admitían en supuestos concretos como los enunciados, citando a BACIGALUPO. Considera que el indulto como instrumento para templar la desproporción del Derecho penal arcaico, carecen de sentido a partir del siglo XIX, al estar ajustadas a las conciencia jurídica de la época, y además encuentran en los casos particulares resortes en el propio sistema penal, tales como las ya expuestas respecto a las teorías absolutas, contando además con el recurso de amparo constitucional.

46 CARRASCO CARRACEDO, ob. cit. pp. 389 a 415, con citas reiteradas a SILVA SÁNCHEZ, J. M.: «¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrina penales de la 'lucha contra la impunidad' y del 'derecho de la víctima al castigo del autor'», *Revista electrónica de la Facultad de Derecho*, Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología de Costa Rica, n.º 1, pp. 35 a 56; — «De nuevo el perdón», *Indret*, 24 octubre 2011, pp. 1 a 3; — «Prevención del delito y reducción de la violencia», *Ita ius esto*, n.º 2, 2011, pp. 27 a 40, distinguiendo con acierto las teorías que podrían considerarse inspiradas en la filosofía «realista», en cuanto vinculada a la realidad sociológica, de las «idealistas» fundadas en el «restablecimiento de la vigencia de la norma» quebrantada. Centrando la atención en esta segunda corriente idealista, personificada en JAKOBS, el restablecimiento de la confianza en la norma exige la ejecución de la pena para que la comunicación a la sociedad sea efectiva, causando un auténtico daño al delincuente, tesis que han seguido las corrientes doctrinales centradas en la víctima.

en 1931, se mostró contrario a la institución, salvo en los supuestos de solicitud judicial⁴⁷; Ferri tampoco fue partidario de este instituto, pero lo admitió en supuestos excepcionales⁴⁸. Centrando la atención en la prevención especial negativa, se concilian mal el indulto y la amnistía con la protección de la sociedad, concediendo como excepción la concesión del perdón sometida a determinadas condiciones neutralizantes del riesgo de reincidencia; y en cuanto a la prevención especial positiva, los mecanismos propios del sistema de individualización, sustitución y ejecución de la pena privativa de libertad restan espacio funcional al indulto, que sin embargo Bacigalupo⁴⁹ admite en supuestos de «un interés político general preponderante que justifique renunciar a la aplicación de una pena», que por el carácter individual de la situación se trataría de supuestos que «no serían susceptibles de una amnistía decidida por el Parlamento», ausencia de susceptibilidad discutible, aun cuando la tradición la corrobore, pues la ausencia de una definición constitucional o legal de la amnistía permita la hipótesis de su concesión a un individuo.

2. Mecanismos intrasistemáticos que vaciarían el indulto

Como se ha visto y especialmente desde Von Liszt y los positivistas italianos, se viene haciendo hincapié en la innecesaridad del indulto si la legislación sustantiva y penitenciaria asumiera real y efectivamente los fines de prevención especial de la pena. En este apartado, aunque no de modo exhaustivo, se exponen esos mecanismos, *de lege data et ferenda*, cuya aplicación o instauración permitirían ir estrechando el camino de los indultos, hasta lograr su colapso. Se trata además de instrumentos plenamente constitucionales, respetuosos con el principio de legalidad de los delitos y de las penas, con el derecho a la igualdad ante la ley, con la tutela judicial efectiva y con el monopolio jurisdiccional de ejecución de las sentencias condenatorias, que servirían para recorrer el deseable camino hacia el ostracismo del extravagante y aporético indulto.

47 Como recuerda REQUEJO PAGÉS, ob. cit., p. 97, reseñando la elaboración de la Constitución de 1931, cuya comisión presidía JIMÉNEZ DE ASÚA, al llegar a debatir sobre el indulto, éste «comenzó declarándose «radical enemigo del indulto, de todos los indultos». «Porque, salvo en el caso excepcional (...) a que alude el art. 2.º del Código penal, en todos los demás casos los indultos no son precisos, puesto que las nuevas normas punitivas que han ido inventando hombres dedicados a esta ciencia sombría, hacen innecesario, absolutamente innecesario, el indulto particular; porque el indulto particular para el hombre que se mejora en el presidio, no es necesario cuando existe la libertad condicional y la sentencia indeterminada; porque es absolutamente innecesario el indulto cuando hay para después una rehabilitación; (...) cuando hay circunstancias atenuantes y agravantes de máximo prestigio y que van a funcionar, como funcionarían incluso con el nuevo Código que hemos traído, de una manera más amplia y desembarazada».

48 CARRACEDO CARRASCO, ob. cit., p. 428 y 429.

49 Citado por CARRACEDO CARRASCO, ob. cit., p. 435, remitiéndose a la publicación de BACIGALUPO, ob. cit. p. 25.

A) *La proporcionalidad de las penas: tareas del legislador*

Una primera revisión del CP y de las leyes penales especiales, que evitarían el planteamiento de posibles indultos por razones de justicia y equidad, es la proporcionalidad de las penas, diagnóstico y consiguiente reforma que requeriría un reposado y detenido examen de la legislación penal, tanto de los delitos —Libro II CP— como de los mecanismos de determinación judicial de las penas —Libro I CP—. Por razones obvias los supuestos de revisión que de inmediato se exponen en absoluto pretenden ser exhaustivos ni mucho menos pormenorizado su fundamento, pues son simples ejemplos de aspectos del sistema penal y penitenciario que requieren revisión y, en su caso, reformulación legal.

El vigente Código de 1995, afectado por numerosas reformas, no se elaboró con el debido detenimiento y debate en su fase de anteproyecto, precipitación que también afectó a gran parte de las sucesivas reformas, no pocas de las cuales reclamaron prontas contrarreformas y recontrarreformas. A modo de ejemplo, en el ámbito de la parte general, habría que reconsiderar la posible introducción de una tercera modalidad de culpabilidad, el dolo eventual, y una recomposición de la escala de penas privativas de libertad. La conveniencia de reconocer el dolo eventual como una expresa y distinta modalidad de culpabilidad —art. 5 CP—, intermedia entre el dolo y la imprudencia grave, al margen de por razones abstractas que reconocen su menor entidad respecto al dolo genérico, se patentiza en un planteamiento más empírico al constatar que, entre el límite mínimo de la pena prevista para el homicidio doloso (artículo 138 CP) y el máximo del cometido por imprudencia grave (art. 142.1 CP), figura un vacío de ¡seis años! de prisión, que podría ser la pena aplicable al homicidio en régimen de dolo eventual⁵⁰. Y en cuanto al catálogo de penas, baste con la referencia a la prisión permanente revisable (arts. 36 y 92 CP), que debería coordinarse con las restantes penas privativas de libertad, en el sentido de que fuera realmente la más grave de la escala, dejando de ser más favorable que las penas privativas de libertad no revisables de 25, 30 o 40 años de prisión que se incluyeron en el CP en la reforma de 2003, y no se consolidaron adecuadamente en el sistema al introducir en 2015 la prisión permanente revisable (art. 76.1 CP).

Lo mecanismos de determinación e individualización de las penas, en la búsqueda de una proporcionalidad ajustada al caso concreto, también merecerían un detenido examen, reconsiderando por ejemplo si la reincidencia y la multirreincidencia (arts. 22-8.^a y 66.1-5.^a CP) deberían desaparecer como agravante

50 En contra de la teoría unitaria del dolo, que centra su esencia en el conocimiento del riesgo creado, aglutinando en una única categoría todas sus clases, incluido el dolo eventual, marginando el elemento volitivo (vid. por todos, BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2018, pp. 521 y 522), parece más acorde con el principio de culpabilidad exigir una aceptación del resultado representado como posible o, al menos, de la conducta capaz de producirlo, siguiendo a MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general*, 2011, pp. 272 a 276. Otra cosa es que de la probabilidad del acaecimiento del resultado se induzca la aceptación del sujeto activo, por la vía de la prueba indirecta, circunstancial o indiciaria.

y superaggravante respectivamente, al suponer una lesión del derecho fundamental al *non bis in ídem* y a la reinserción social como fin primordial de la pena privativa de libertad (art. 25 CE), supresión, por cierto, ya hace años efectuada en Alemania; y todo ello sin perjuicio de que a los casos de reincidencia y, sobre todo, en los de multireincidencia, se puedan aplicar medidas de seguridad dado que, en la elección de la farmacopea acorde con la prevención especial, es evidente que no ha sido funcional el incrementar la «dosis» de la medicina que se administró al luego reincidente —la pena—, sino que el fármaco debe ser una medida de seguridad, al ser la peligrosidad del autor y no su culpabilidad el fundamento de la aplicación de un mejor instrumento de reinserción social y de evitación de la reincidencia.

En este mismo capítulo, relativo al ajuste de la pena a las circunstancias del hecho y del autor, en el que se viene otorgando una posible función al indulto, como instrumentos de justicia y equidad, tienen especial relevancia como alternativa sistémica las circunstancias atenuantes de la responsabilidad relativas al comportamiento *post delictum*, tales como la confesión del culpable, la reparación del daño y una nueva circunstancia analógica, la colaboración con la Administración de Justicia (arts. 21, 4.^a, 5.^a y 7.^a), equivalentes a un indulto parcial.

Y en la parte especial deberían someterse a un filtro de gravedad gran parte de los delitos que, de seguir mereciendo el carácter delictivo por no ser suficiente la responsabilidad de otra naturaleza, en no pocos casos merecerían revisión sus penas, atendiendo tanto a la entidad en sí de la conducta típica como en la resultante de compararlas con otros comportamientos típicos de menor, igual o mayor gravedad. Con motivo del «Proceso», por ejemplo, se planteó la necesidad de revisar tanto la tipología de los delitos de sedición en sí como sus penas que, en algunos supuestos, resultaban de excesiva gravedad.

En estas tareas debería tener un mayor protagonismo el orden jurisdiccional penal, ejercitando los jueces y tribunales tanto la facultad de excitar al Gobierno para que efectúe reformas en la legislación penal (art. 4.2 y 3 CP), cuanto en el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad ante el TC (arts. 163 CE, 5.2 LOPJ y 30, 35 a 37 LOTC).

B) *La aplicación adecuada del sistema progresivo*

El sistema progresivo de clasificación (arts. 36.2 y 3 CP, 72 LOGP y 100 y ss. RP), desde el primer grado hasta el cuarto y último, la libertad condicional, con el correspondiente tratamiento, obviaría la necesidad de indultos durante la ejecución de la condena, si se complementa con una mejora del tratamiento de los penados que ya estén cumpliendo su pena en libertad, contando con los medios personales y reales adecuados.

Especial relación con la temática de este trabajo tienen los artículos 25, 193 y 206 del RP. El primero prevé la preceptiva orden de libertad del Tribunal sentenciador para liberar al preso que haya sido objeto de indulto; el segundo, se refiere a la

lógica rebaja de la condena parcialmente indultada, a los efectos de acordar la libertad condicional, y el tercero, más relevante en este contexto, prevé la solicitud de indulto para un interno, a propuesta de la Junta de Tratamiento y a través del Juez de Vigilancia. Esta plausible previsión legal podría obviar la vía del indulto si, *de lege ferenda*, se faculta al Tribunal sentenciador a que revise la ejecutoria rebajando la duración de la pena privativa de libertad en los términos propuestos por la Junta de Tratamiento.

C) *Supuestos de error judicial y de cambio de doctrina jurisprudencial*

Los errores judiciales, que supongan la improcedencia de una condena en sentencia firme, tienen su mecanismo sistémico y constitucional de corrección sin necesidad de acudir al instituto del indulto, que es el recurso de revisión (arts. 954 y ss. LECr), cuya estimación incluye el derecho a una indemnización como responsabilidad patrimonial del Estado Juez desde 1933 (arts. 960 LECr y 292 y ss. LOPJ). No está resuelto, en cambio, la posible revisión de la sentencia en el supuesto de un cambio de doctrina jurisprudencial que declare atípica una conducta hasta entonces considerada delictiva o reconozca la procedencia de una atenuación de la pena, por aplicación de una nueva circunstancia atenuante analógica o de un tipo privilegiado, supuestos en los que no procede la aplicación retroactiva de la nueva interpretación más favorable a no serle aplicable el artículo 2.2 CP⁵¹; si se estimara justo aplicar a las sentencias en ejecución un cambio jurisprudencial *pro reo*, con efecto retroactivo, se podría introducir en este sentido un apartado 3 en el artículo 2 CP, obviando así la necesidad de acudir a un indulto particular por razones de justicia o equidad.

VI. NECESIDAD DE UNA NUEVA LEY TRANSICIONAL DEL INDULTO

1. Crítica de la actual regulación

El indulto español agrava su ya incómoda y aporética constitucionalidad cuando se analiza la vetusta ley reguladora de 1870 que, si en aquel entonces fue sin duda un gran avance en la limitación de esta facultad real de perdón, en la

51 No tiene el carácter de nueva ley penal más favorable un cambio de rumbo jurisprudencial, que resultaría más beneficioso para un reo que estuviere ya cumpliendo condena por análogos hechos, aun cuando se trate de un acuerdo de un Pleno no jurisdiccional —JG— del TS (561/2000 de 5 de abril, 1053/2000, de 16 de junio, 1254/2000 de 6 de julio, 1563/2000 de 16 de octubre, 611/2011 de 9 de junio y AA. de 25 de octubre y 30 de diciembre de 1999, 5 de abril, 16 de junio y 16 de octubre de 2000), sin perjuicio de que los cambios jurisprudenciales no motivados puedan atentar contra el derecho a la igualdad ante la ley —art. 14 CE—, al ser irreflexivos o arbitrarios (SSTC 69/2001 de 17 de marzo, 258/2007 y 57/2010, entre otras). Tampoco se pueden considerar contrarios al principio de legalidad los cambios jurisprudenciales *contra reo* que se apliquen a los nuevos supuestos (STC 243/2007 de 10 de diciembre y STS 195/2010 de 24 de febrero).

actualidad resulta en gran parte obsoleta, tanto por sus defectos técnicos como por su escasa funcionalidad a la hora de limitar la aplicación de esta medida excepcional, aceptando en este trance gran parte de las críticas de la doctrina, especialmente las de Sánchez-Vera⁵².

Téngase en cuenta que este examen crítico de la vigente ley, reformada en contadas ocasiones⁵³, se hace desde la perspectiva de la CE, el CP, la LOGP y la LECr, en el sentido de considerar ajenos al ámbito de la gracia del indulto los supuestos que puedan resolverse en las fases de determinación y ejecución de las penas o mediante el recurso de revisión, así como los que resulten inconstitucionales en una interpretación estricta o, *in dubio*, restrictiva, como exige el carácter excepcional de la institución frente a la regla general que impone la división de poderes. Esta excepcionalidad supone, además, que se distinga claramente la prerrogativa del poder ejecutivo del indulto de la correspondiente al legislativo para acordar la amnistía, reservando a los supuestos de ésta el perdón acordado por razones de utilidad pública o de carácter político, al tiempo que se prohíben los indultos colectivos.

La primera crítica a la LI es la relativa a la insuficiente excepcionalidad reduplicada del indulto total, previsto en sus artículos 1 y 4, pues aun cuando el artículo 11

52 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, ob. cit. Coincidimos en la necesidad de una nueva ley que se ajuste a la CE y a los avances habidos desde entonces en la teoría jurídica del delito y en los fines de la pena, al tiempo que se remedian las «idas y venidas» de la ley respecto a la reincidencia, la multa y las penas accesorias, entre otras, y se regula el indulto a la persona jurídica. No se coincide de modo pleno con su propuesta de abolir la amnistía.

53 Real Decreto-ley 1526/1927, de 6 de septiembre, modificando el artículo 15 en los términos que ahora figura en el texto consolidado tras haber suprimido el artículo 3.2 de la Ley 1/1988, de 14 de enero, un inciso final de la condición 2.ª que decía: «Se exceptúan los casos de indulto general», que ya había sido derogado por el artículo 64-i CE, al prohibir tal modalidad de indulto; la Ley de 1870 formulaba la citada condición 2.ª de la siguiente manera: «Que el penado haya de obtener, antes de gozar de la gracia, el perdón de la parte ofendida, cuando el delito por el que hubiese sido condenado fuere de los que solamente se persiguen a instancia de parte». La mencionada Ley 1/1988 dispuso: «Art. 1.º Se adiciona a la Ley estableciendo reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, de 18 de junio de 1870, el siguiente artículo: «Artículo 28: Los expedientes que se formen al amparo del párrafo segundo del artículo 2.º 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.»- Art. 2.º Los artículos 3 y 9 de la Ley estableciendo reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, de 18 de junio de 1870, quedarán redactados de la siguiente forma: «Artículo 3. 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». — Artículo 9. «El indulto no se extenderá a las costas procesales». — Art. 3.º. 1. En los artículos 20, 22, 23 y 26 de la misma Ley, las palabras «Ministro de Gracia y Justicia» quedan sustituidas por «Ministro de Justicia». 3. En el artículo 30, la palabra «Gaceta» queda sustituida por «Boletín Oficial del Estado», y las palabras «Decreto motivado y acordado en Consejo de Ministros», por «Real Decreto». 4. En el artículo 13 se suprimen las palabras «se exceptúan los casos de indulto general». 5. Se suprime el artículo 28. 6. En el artículo 2 se suprimen las palabras «o del Consejo de Estado». 7. En el artículo 11 se suprimen las palabras «y del Consejo de Estado». 8. En el artículo 29 se suprimen las palabras «ni al Consejo de Estado». Y finalmente, la disposición final 1 de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo adicionó a la Ley la siguiente Disposición adicional: «El Gobierno remitirá semestralmente al Congreso de los Diputados un informe sobre la concesión y denegación de indultos. Para la presentación de los datos contenidos en el citado informe, y previa revisión del mismo, un alto cargo del Ministerio de Justicia solicitará su comparecencia ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados».

lo limite a razones de «justicia, equidad o utilidad pública» (exonerando de tales motivos a los indultos parciales, sin que sea suficiente el consejo del artículo 12 de procurar configurar tales indultos mediante la conmutación de la pena indultada por otra menos grave), si como se ha visto *ut supra* tales requisitos han de predicarse también de los indultos parciales, debería figurar en esta ley reguladora una mención expresa de la doble excepcionalidad que corresponde al indulto total, por proyectar *de facto* una mayor intromisión del poder ejecutivo en el monopolio jurisdiccional.

Una segunda crítica a la vigente LI es la permanencia del llamado «indulto anticipado», que según la letra de la ley se puede otorgar al que estando procesado aún no ha sido juzgado. La irracionalidad de este indulto por oximorónico —consiste en indultar, en perdonar al que aún no ha sido condenado en sentencia firme—, hace que no encaje en un Estado de Derecho que veta la arbitrariedad, veto reforzado en este caso por la tan mencionada excepcionalidad del derecho de gracia. Si razones de utilidad social o políticas aconsejan un artículo de previo pronunciamiento que evite proseguir un procedimiento, tal facultad sólo podría corresponder al poder legislativo formulando una ley de amnistía.

Y centrando la atención en la iniciación y desarrollo del proceso, carece también de justificación que la iniciativa o instancia del expediente de indulto pueda protagonizarlo el propio Gobierno (art. 21), modalidad de inicio del ejercicio del derecho de gracia que sólo tiene acomodo en la puesta en marcha de un proceso de amnistía, por razones de utilidad social o política, de falta de justificación derivada de la excepcionalidad de la institución y de la consiguiente falta de legitimación activa del órgano que tiene que concederlo; los restantes sujetos habilitados para instar la incoación del expediente (arts. 10 y 20), en cambio, podrían mantener su legitimación activa en la futura ley reguladora.

Por otra parte, también en base a la excepcionalidad del indulto, la nueva ley debería hacer hincapié en la necesidad de motivación, superando la supresión de tal requisito en la reforma de 1988, aun cuando la genérica necesidad de obviar la arbitrariedad de los poderes públicos lo haya seguido exigiendo, y ampliando dicha necesidad a la denegación de las solicitudes de indulto para evitar supuestos de desigualdad ante la ley. También debería reintroducirse el preceptivo informe del Consejo de Estado, en atención igualmente a la tan reiterada excepcionalidad y consiguiente extrema limitación de esta quiebra de la división de poderes.

Son muchas las voces críticas que, sin alzarse contra el indulto *stricto sensu*, critican su regulación legal actual, tachándola incluso de inconstitucional, tal y como se ha referenciado a lo largo del trabajo.

2. Los indultos del «Proces»: fraude de Constitución

Como epílogo de este trabajo una crítica del reciente indulto a los condenados en el proceso independentista o pseudo-independentista catalán, obviando otras cuestiones ajenas al tema que nos ocupa, analizando lo acaecido retrospectivamente,

cuestiones como si hubiera sido evitable por ambas partes llegar a tal extremo, si la solución pasa por una reforma constitucional hacia un federalismo acorde con la plurinacionalidad, si se podría haber obviado la criminalización del asunto aplicando antes el art. 155 CE, si en su judicialización hubiera sido mejor iniciar la instrucción por sedición en vez de por rebelión, si incluso la sedición es discutible, etc. Pero en esta ocasión se hace abstracción de esos prolegómenos para centrar la atención en la adecuación o inadecuación constitucional de los indultos acordados por el Gobierno, sin cuestionar tampoco la existencia de una utilidad social basada en el *pro bono pacis*, inquiriendo únicamente si el instrumento adecuado debería haber sido la amnistía.

En el BOE de 23 de junio de 2021 se publicaron nueve Reales Decretos, 456 a 464/2021 de 22 de junio, indultando a los condenados a penas de prisión en ejecución por Sentencia 459/2019 de 8 de septiembre de la Sala 2.^a del TS, en el procedimiento conocido como «El procés», todos ellos vinculados con los hechos acaecidos en Cataluña y especialmente en Barcelona, el 1 de octubre de 2017, en ejecución de la Ley 20/2017 de 8 de septiembre del Parlamento de Cataluña de transitoriedad jurídica y fundación de la República, con la peculiar posterior proclamación de pseudoindpendencia.

Dada la identidad de contenido de todos los reales decretos de indulto, baste con reproducir parcialmente uno de ellos: «y atendiendo a las circunstancias de la condenada y, en particular, a los motivos de utilidad pública que se exponen en la propuesta del Ministro de Justicia, de acuerdo a la información que obra en el citado expediente, se estima que concurren las citadas razones de utilidad pública, a propuesta del Ministro de Justicia, y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 22 de junio de 2021, Vengo en indultar a doña D. Bassa i Coll la pena privativa de libertad pendiente de cumplimiento, a condición de que no vuelva a cometer delito grave en el plazo de tres años desde la publicación del real decreto».

Pues bien, es patente el carácter colectivo de estos indultos y la motivación política de los mismos, admitiendo incluso que tal motivación esté inspirada primordialmente en el *bono pacis* y el bien común, y no en un tacticismo partidista. Colectividad y utilidad pública son notas que desvirtúan el necesario carácter particular de la institución del indulto, máxime tras la prohibición constitucional de los generales. Los indultos de «El Procés» son legales, pero no constitucionales, y son legales tanto por no haber elaborado una nueva ley reguladora del indulto acorde con la Constitución, como por no reconocer que partes de dicha ley están tácitamente derogadas por la Carta Magna, omisiones que han permitido al Gobierno utilizar tales normas como cobertura de fraude de Constitución. Sólo una ley de amnistía hubiera sido el instrumento constitucional para el logro de este fin, supongamos que adecuado a la realidad política, en vez de haber seguido esta vía inconstitucional y fraudulenta.

Y, en fin, la motivación por remisión al expediente, ocultándosela a los ciudadanos, supone una falta de transparencia incompatible con las actules exigencias

de eliminar el secreto en las actuaciones de los poderes públicos, con las excepciones de la protección de los datos personales de los ciudadanos y de los llamados «secretos de Estado», que deben reducirse a los supuestos realmente necesarios de reservar su contenido frente a la publicidad. Este vicio formal acrecienta el reproche al Gobierno por su fraudulenta concesión de una ley de amnistía disfrazada de indulto, usurpando funciones legislativas sin ni siquiera acudir a la figura del decreto ley, posiblemente al constatar la imposible justificación de su urgencia.

VII. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto se derivan las siguientes conclusiones:

El derecho o prerrogativa de gracia, en general, y el indulto en particular son instituciones aporéticas residuales del *ancien regime*, que no encajan en el esquema del Estado democrático asentado en la separación de poderes, al quebrantar el monopolio jurisdiccional del poder judicial (art. 117.3 CE) tanto el poder legislativo —amnistía— como el ejecutivo —indulto—.

La única razón de permanencia del indulto en el ordenamiento jurídico es la imperfección de la Administración de justicia y/o las deficiencias de las leyes reguladoras de la determinación y la ejecución de las penas, por lo que su destino es la lenta extinción siguiendo un camino cada vez más estrecho para su aplicación en esta fase transitoria, progresiva restricción como resultado de su menor necesidad derivada de la implantación e implementación de soluciones alternativas dentro del sistema, llegando a convertir su extravagancia en expulsión.

En esta dirección, urge la promulgación de una nueva ley reguladora que derogue la vetusta de 1870 relativa al indulto, diferenciando claramente esta figura de la amnistía, lo que exige restringir los fundamentos del indulto a razones de justicia o equidad, reservando las de utilidad social o política a las leyes de amnistía.

La nueva ley tendrá además que acentuar la excepcionalidad del indulto, mediante exigencias de motivación bastante y obligación de contar al menos con un informe favorable de los preceptivos en su tramitación, abrogando además la figura del indulto anticipado y la modalidad del promovido por el Gobierno, que tiene mejor encaje en la amnistía, y cumpliendo los demás detalles expuestos *ut supra*.

Ante la difícil si no imposible supresión de situaciones extraordinarias, en las que el bien común o interés general reclamen la abolición de un proceso penal o la anulación de una sentencia condenatoria, el poder legislativo tendrá la facultad de amnistiar, o si en algún caso no se requiriese el «olvido» del delito y sí sólo la remisión de la pena afectante a diversas personas, la prohibición constitucional de los indultos generales no afectarían a esta modalidad de «cuasiamnistía», al uso itálico o luso.

Los indultos de los partícipes en el llamado «Proceso» están contaminados por el fraude de ley, pues su carácter de oportunidad política y de afectación a un

conjunto de personas partícipes en los mismos delitos, los configura como una amnistía encubierta bajo el manto de la ley reguladora del indulto, ley parcialmente inconstitucional, entre otras razones, por no erradicar estos indultos colectivos simulando su carácter particular, y además con la agravante de la falta de transparencia.

Para proseguir el camino hacia la superación del residual y aporético instituto del indulto, son necesarias otras reformas legislativas, en gran parte coincidentes con algunas propuestas de Carracedo Carrasco⁵⁴, aun cuando la primera de ellas quizás llegue a ser la última en realizarse, sin que por ello deje de tener sentido: suprimir el apartado i) del artículo 62 CE, así como las referencias concordantes con dicho enunciado⁵⁵, supresión que también sería lógica antes de la abolición del indulto, pues se podía centrar en el Gobierno tal facultad, residualmente asignada al Rey cuya intervención en la concesión es hoy puramente simbólica e inexistente en su denegación.

TITLE: *The aporetical constitutionality of the pardon*

ABSTRACT: *The authors propose the terms of the debate about the controversial and aporetic institution of the pardon, which has a difficult fit in the scheme of the democratic State based on the separation of powers. To this end, the study starts from the background and historical reasons for the prerogative of mercy and its regulations in comparative law, which allows us to understand the scope of the issue and the complex legal nature of an institution, the pardon, which is equated to forgiveness and that must be scrupulously delimited from amnesty —oblivion—. The most recent national practice serves as an example, in the authors' opinion, of the need to move towards a new Spanish transitional pardon law, which must become an exceptional and residual resource, in fact doomed to extinction. The work harshly criticizes the pardons in the case of the «Procés» —which are classified as fraud of the Constitution— and includes a specific proposal of lege lata vel ferenda.*

RESUMEN: *Los autores plantean los términos del debate acerca de la polémica y aporética institución del indulto, que tiene un difícil encaje en el esquema del Estado democrático asentado sobre la base de la separación de poderes. Con tal fin, el estudio parte de los antecedentes y razones históricas de la prerrogativa de gracia y de sus regulaciones en perspectiva comparada, lo que permite comprender el alcance del problema y la naturaleza jurídica compleja de una institución, el indulto, que se equipara al perdón y que debe delimitarse escrupulosamente de la amnistía —olvido—. La práctica nacional más reciente sirve como botón de muestra, a juicio de los autores, de la necesidad de avanzar hacia una nueva ley transicional del indulto, que debe convertirse en un recurso excepcional y residual, condenado de hecho a su extinción. El trabajo critica duramente los indultos en el caso del «Procés» —que se catalogan de fraude de Constitución— e incluye una propuesta concreta de lege lata vel ferenda.*

KEY WORDS: *Pardon, amnesty, right to pardon, separation of powers, extinction of punishment, law and politics.*

⁵⁴ Ob. cit. pp. 512 a 521.

⁵⁵ CARRACEDO CARRASCO, ob. cit. p. 512, proyectando la doctrina de Concepción Arenal sobre el tema (ARENAL, C.: *El derecho de gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, de 1893), propone esta derogación.

PALABRAS CLAVE: *Indulto, amnistía, derecho de gracia, separación de poderes, extinción de la pena, Derecho y política.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 12/12/2021

FECHA DE ACEPTACIÓN: 20.09.2022

CÓMO CITAR / CITATION: Rodríguez Ramos, L., Simón Castellano, P. (2022). La aporética constitucionalidad del indulto, *Teoría y Realidad Constitucional*, 50, 427-455.

