

# EL INDULTO EN ESPAÑA

JORGE VILLARINO MARZO (\*)

---

(\*) Letrado de las Cortes Generales

## I. DELIMITACIÓN DE NUESTRO ESTUDIO

*«El derecho de gracia no puede ser, en el concepto de los que lo defienden, más que una forma de la justicia; es indudable que tantas personas equitativas de diferentes épocas y países no podían estar de acuerdo en sostenerle si no le creyeran justo. Por otra parte, en concepto de los que le atacan, no es más que una forma de la arbitrariedad, porque no se concibe que hombres eminentes por su ciencia y su virtud, de diversas naciones, se propusieran suprimirle si le consideraran propio para contribuir a la realización del derecho».* Estas palabras de Concepción Arenal en su obra «El derecho de gracia ante la Justicia» suponen un claro resumen de que la institución que nos va a ocupar en las próximas líneas supone una de las más polémicas en el Estado de Derecho.

La institución del indulto, el derecho o la prerrogativa real de gracia presenta unos antecedentes históricos que conectan con la propia esencia del ser humano en cuanto a su capacidad para perdonar. El perdón se transforma en la concesión de la gracia en el momento en que se vincula con la acumulación del poder. Con base en estos dos datos podemos deducir que, desde el punto de vista histórico y aun con los antecedentes más que remotos a los que cabría acudir, la principal manifestación de esta institución se da en el momento de consolidación del Estado moderno con una Monarquía absoluta que, como su propia denominación indica, reunía en la figura del Monarca el poder soberano que tenía como una de sus proyecciones principales la de administrar justicia y la de otorgar clemencia.

El presente estudio no es histórico sino jurídico, por lo que vamos a tratar el derecho de gracia, denominación equívoca como luego señalaremos, en el seno del Estado de Derecho y, más en concreto, bajo la Constitución española de 1978. Se trata de una cuestión no menor si se tiene en cuenta, tal y como vamos a ver, que el indulto modifica las consecuencias derivadas de la previa aplicación de la ley (Estado de Derecho), y que es ejercido en nuestro sistema político por el Gobierno, frente a la facultad y obligación de los jueces y magistrados de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (principio de división de poderes). Recordemos el voto particular emitido por el Magistrado Jiménez de Parga y Cabrera a la Sentencia de Tribunal Constitucional 229/2003 que refleja de manera clara esta idea: «El derecho de gracia, en tanto que prerrogativa con la que se excepcionan los rigores del Ordenamiento, es radicalmente incompatible, una vez ejercido, con la pretensión de recabar tutela jurisdiccional, pues quien se beneficia de la gracia se sitúa en un dominio que no es el de lo jurídicamente debido, sino el de lo graciable. No le cabe, en definitiva, pedir en Derecho lo que ha obtenido en virtud de la gracia, es decir, con excepción del Derecho mismo».

Previamente es necesario hacer una delimitación más detallada de nuestro objeto de estudio, frente a figuras o instituciones afines. En primer lugar no vamos a tratar la amnistía, figura por excelencia de la clemencia en cuanto acumula el mayor número de efectos. Efectivamente, la amnistía no sólo supone una extinción de la responsabilidad penal del sujeto por la comisión de unos hechos tipificados como delito, sino que supone también la eliminación de todas las consecuencias aparejadas a aquéllos como los antecedentes penales, la responsabilidad civil o las medidas de seguridad. En definitiva, la amnistía supone la eliminación del delito, como si no hubiera existido nunca, produciendo una suerte de efectos *ex tunc*.

La segunda aproximación para dejar definido nuestro estudio es señalar qué es el indulto general. En este caso estamos ante un supuesto de extinción de la responsabilidad penal y no de las consecuencias accesorias a la misma, pero la diferencia con respecto del indulto particular radica en que en el caso del indulto general no hay una motivación individualizada de su concesión que afecte tanto a los supuestos en que una persona hubiese sido ya condenada, como a aquéllos en que una persona estuviese pendiente de enjuiciamiento por esos hechos.

Nuestro estudio se va a centrar en el indulto particular, como vía a través de la cual se da la remisión de todas o algunas de las penas a las que hubiera sido condenado un sujeto.

De lo expuesto, y a la luz de nuestro ordenamiento constitucional, una cuestión a determinar radica en cuál de estos tres supuestos se encuentra admitido. No plantean dudas los dos últimos puesto que, tal y como vamos a ver, la dicción literal del artículo 62.i de nuestra Constitución excluye expresamente la posibilidad de concesión de indultos generales y admite la concesión del derecho de gracia en el supuesto particular. ¿Qué ocurre con la amnistía? Se trata de una fórmula utilizada fundamentalmente en supuestos muy excepcionales de cambio brusco en un régimen político o bien de adopción de una nueva legislación que suponga un giro de ciento ochenta grados respecto a delitos tipificados previamente. Basta observar los supuestos históricos en los que se ha hecho uso de esta figura en nuestro ordenamiento, caso de la Ley de 23 de diciembre de 1939 o la ley de 18 de octubre de 1977, cuyas fechas son bastante reveladoras. Su uso no es habitual y desde luego no va a ser desde estas líneas desde donde se llame a su utilización, pero es obligado también señalar que no existe impedimento constitucional para su concesión. Eso sí, la misma debería venir articulada en forma de ley, fruto de una decisión de las Cortes Generales en cuanto que representantes del pueblo soberano, en un marco de excepcionalidad absoluta, con un enorme consenso y con estricto respeto a los principios constitucionales, tales como el principio de igualdad y de proporcionalidad.

## II. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y LA NATURALEZA DEL INDULTO

Desde una perspectiva estrictamente constitucional, acerquémonos a los preceptos que nos interesan. El indulto sólo es mencionado, y no de manera homogénea, en tres preceptos:

- El artículo 62.i dice que «Corresponde al Rey: i) ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales».

- El artículo 87.3 prohíbe el ejercicio de la iniciativa legislativa popular en materias propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia.
- El artículo 102.3, por último, dice que la prerrogativa real de gracia no será aplicable a ninguno de los supuestos del presente artículo. Sobre este último caso nos vamos a detener sucintamente puesto que se ha dado un debate en cuanto a cuál es el verdadero objetivo de este precepto. El citado precepto se remite a los supuestos del *presente artículo*, por lo que es necesario recordar el tenor literal de los mismos:
  - El artículo 102.1 de la Constitución dice: *«La responsabilidad criminal del Presidente y los demás miembros del Gobierno será exigible, en su caso, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo»*.
  - El artículo 102.2 de la Constitución dice: *«Si la acusación fuere por traición o por cualquier delito contra la seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones, sólo podrá ser planteada por iniciativa de la cuarta parte de los miembros del Congreso, y con la aprobación de la mayoría absoluta del mismo»*.

La duda que se ha suscitado es la de qué tipo de supuestos en concreto está excluyendo el artículo 102.3, fundamentalmente desde el punto de vista temporal. Se plantea por tanto si estamos atendiendo a un supuesto en el que los que son miembros de un Gobierno no pueden ser indultados mientras estén en el ejercicio de su cargo, con independencia de cuándo hubieran cometido los hechos delictivos; o bien si no cabe la aplicación del indulto a los miembros del Gobierno cuando hubieran cometido los hechos delictivos durante su permanencia en el Gobierno, con independencia de que dichos hechos lo fueran o no en el ejercicio de sus funciones y con independencia del momento de la concesión del indulto. A nuestro juicio, la primera interpretación es la correcta y su justificación radica en evitar que el Gobierno pudiera ostentar la condición de juez y parte, en cuanto que le competería la concesión del indulto por la sentencia firme dictada contra uno de sus miembros.

Realizado este acercamiento jurídico-constitucional, otra cuestión que hay que dilucidar es si la institución del indulto es o no compatible con el principio de división de poderes que se deduce de nuestro texto constitucional, lo que nos lleva a una de las cuestiones más polémicas en el tratamiento doctrinal del indulto y de la que se derivan muchas de las consecuencias de su régimen jurídico: la naturaleza del acto.

Partimos de una institución en la que participan los tres poderes del Estado. Por un lado el Poder Judicial que es el que dicta la oportuna resolución judicial de condena y lo hace de conformidad con la normativa aprobada por el Parlamento como órgano en el que reside la soberanía popular. Por último está el Gobierno al que corresponde decretar el indulto, con independencia de que es a S.M. el Rey, en su condición de Jefe del Estado y en ejercicio de su función integradora, al que corresponde ejercer la oportuna prerrogativa.

Son dos básicamente las opiniones que existen sobre la verdadera naturaleza del indulto: unos consideran que se trata de un acto de administración de Justicia y otros nos inclinamos por considerar que estamos ante un acto de gobierno.

Nuestro texto constitucional es claro al señalar en su artículo 117.3 que *«El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan»*. Sin embargo, el indulto tiene como finalidad, y posteriormente volveremos sobre esto, acercarse a la justicia material en el caso concreto frente a las consecuencias que se hayan podido derivar de la aplicación estricta de la norma por parte de los órganos jurisdiccionales en el ejercicio de su función. La Justicia es un valor superior de nuestro Ordenamiento Jurídico y en cuanto tal, los poderes están constreñidos a su realización a través de los mecanismos que pone a su disposición el Estado de Derecho, entre los cuales se encuentra el indulto.

Frente a la obligada aplicación de la ley a los hechos probados a lo largo del proceso, el Gobierno, tal y como veremos, sin estar limitado por la *venda* con la que actúa y tiene la obligación de actuar la

Administración de Justicia, debe atender a las circunstancias del caso concreto y ejercer de una manera excepcional, prudente, rigurosa, meditada y motivada (aspecto clave como luego veremos) la facultad de indultar. ¿Supone esto una interferencia en la labor judicial? ¿Se trata de un acto de naturaleza jurisdiccional? A nuestro juicio la respuesta a la segunda pregunta es clara, y en un obvio sentido negativo, ya que sólo los jueces y magistrados, ni siquiera el propio órgano de gobierno de los jueces, pueden dictar actos de naturaleza jurisdiccional. Respecto a la primera cuestión, también nuestra respuesta es negativa, ya que el ejercicio del indulto, tal y como vamos a ver al tratar su concreto régimen jurídico, presupone una actuación judicial que ha adoptado una decisión a la luz de los dispuesto por las normas penales. El indulto presupone una correcta actuación de la Justicia y no debe ir destinada a corregir en Derecho la actuación de nuestros Juzgados y Tribunales, algo que corresponde a otros mecanismos, léase recursos, dispuestos al efecto por nuestro ordenamiento procesal, llegando en el supuesto de vulneración de derechos fundamentales al Tribunal Constitucional o, en su caso, incluso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Tampoco su labor es la de corregir las leyes injustas, puesto que si éstas lo son en el plano constitucional será a nuestro Tribunal Constitucional a quien de nuevo competa, y si lo son en el plano de la justicia material, le corresponderá a nuestras Cortes Generales la modificación de esas normas. El Gobierno a este respecto dispone de la facultad de iniciativa legislativa mediante la presentación de un proyecto de ley; al igual que se reconoce la posibilidad de colaboración del Poder Judicial en esa labor de progresiva mejora de nuestro Ordenamiento en el artículo 4.2 del Código Penal: «el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal».

¿Cuáles son los argumentos que nos hacen considerar el indulto como un acto de Gobierno? El fundamental es que es al Gobierno, en línea con nuestro entorno jurídico-político, al que corresponde la decisión sobre la concesión del indulto y en segundo lugar que es un acto susceptible de ser incluido en aquéllos a los que hace referencia el artículo

2 a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, factor determinante de la polémica sobre el control del indulto a la que luego nos referiremos.

### III. SUJETOS BENEFICIARIOS DEL DERECHO DE GRACIA

- a) ¿Quiénes pueden solicitar el indulto? Con una técnica legislativa que al menos puede ser cuestionada, la regla general que recoge el artículo 1 de la Ley de 18 de junio de 1870, por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, nos dice que los reos de toda clase de delitos podrán ser indultados.
- b) A continuación el artículo 2 recoge las excepciones a la citada regla general:
- Los procesados criminalmente que no hubieran sido aún condenados por sentencia firme. La única cuestión a dilucidar por tanto es la de determinar cuándo una sentencia es firme; y lo es cuando no es susceptible de recurso alguno, sea como consecuencia de que se han agotado o bien porque no han sido utilizados. No cabe a este respecto entender incluido el recurso de amparo que presenta una naturaleza distinta de la exigible para considerar una sentencia como firme.
  - Los que no estuviesen a disposición del tribunal sentenciador para el cumplimiento de la condena. Es decir, cuando la persona condenada se encontrase huída de la justicia no podrá beneficiarse de la clemencia estatal. Parece lógico que una persona que no respeta las actuaciones del Estado de Derecho –y una decisión jurisdiccional es una de las principales manifestaciones de aquéllas– no pueda beneficiarse de la generosidad de ese Estado, algo que sería incomprensible ya no sólo en el plano legal sino también en el de la política criminal e incluso en el social. La cuestión radica en qué debemos entender con la expresión estar a disposición del Tribunal sentenciador. Para su explicación contamos con la Instrucción núm. 2/1995 de la Fiscalía General del Estado quien consideró, a la luz de las dificultades



de interpretación que existían, que era necesario dar unos criterios con base en lo dispuesto en nuestro texto constitucional y más en concreto en el artículo 25.2 en el que se recoge la postura de nuestros constituyentes respecto a la clásica disyuntiva sobre la finalidad última de la pena como principal consecuencia jurídica del delito, de tal modo que la misma goza de un carácter preventivo y no meramente retributivo. Efectivamente, dice la citada Instrucción, el citado precepto de la Ley de Indulto no exige el ingreso en prisión para que se tramite un expediente de indulto y su lectura a la luz de la Constitución debe superar los estrechos límites de principios del siglo XX, de tal modo que, atendiendo a la gran rapidez de las comunicaciones que existen hoy día, una persona puede estar a disposición del Tribunal sentenciador, teniendo un domicilio fijo, y estando localizable para dicho Tribunal, pero sería absurdo y contrario al espíritu de la Constitución que si una persona está rehabilitada y trabaja en un lugar que no es el de la demarcación del Tribunal sentenciador, tuviese o bien que ingresar automáticamente en prisión, o bien que dejar el trabajo e ir a vivir a la demarcación del Tribunal sentenciador para que se pudiese tramitar el indulto.

- Los reincidentes en el mismo o en otro cualquiera delito por el cual hubiesen sido condenados por Sentencia firme. Al igual que hemos hecho con la firmeza, es necesario delimitar el concepto de reincidencia, a estos efectos se puede optar por una acepción de naturaleza general, esto es, la de una persona que hubiese sido juzgada y condenada por cualquier otro delito, sin entrar a considerar la gravedad de éste, ya que el propio principio de intervención mínima que inspira el sector penal de un ordenamiento jurídico ya nos lleva a considerar cualquier actitud tipificada como de una cierta gravedad.
- c) Existe además una excepción a esta última excepción y es cuando, a juicio del Tribunal sentenciador, hubiese razones suficientes de Justicia, equidad o conveniencia pública para otorgarle la gracia. Debe señalarse al respecto que, hasta la reforma operada por la Ley 1/1988, de 14 de enero, se recogía una disyuntiva en la que cabía la

posibilidad de que la apreciación de las razones de Justicia, equidad o conveniencia pública, correspondiese al Consejo de Estado. Hoy día, la atribución exclusiva al Tribunal sentenciador tiene una importancia trascendental en el plano procedimental puesto que la regla general es que en la instrucción del expediente de indulto, el Tribunal sentenciador es solamente oído, mientras que en este supuesto concreto su opinión es necesariamente favorable. La determinación de cuándo concurren causas de justicia, equidad o conveniencia pública es inabarcable desde el punto de vista general y sólo podemos dar ideas aproximativas mediante el examen y debate de cada supuesto concreto. Se trata, cuando menos, de conceptos jurídicos indeterminados, definidos a lo largo de la historia de manera muy diferente. Únicamente el supuesto concreto nos podrá dar una solución ajustada a Derecho puesto que, tal y como ha dicho nuestro Tribunal Supremo *«los conceptos jurídicos indeterminados son aquellos de definición normativa necesariamente imprecisa a la que ha de otorgarse alcance y significación específicos a la vista de unos hechos concretos»*. Es cierto que en particular en la búsqueda del concepto de *justicia* nos pueden ayudar los pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional en cuanto a su concreción, y digo sólo ayudar porque no va a ser desde estas líneas desde las que se vaya a cuestionar el aserto de un genio del Derecho como Kelsen.

Algo debemos decir respecto de la, a nuestro juicio, equivocada reforma que llevó a cabo el legislador en el año 1988. Aunque será otro aspecto el que sea muy criticado desde estas líneas, también merece nuestro juicio negativo que se haya privado al Consejo de Estado de la posibilidad de manifestar su opinión en este caso concreto. Las críticas se fundamentan en diversos argumentos. El primero de ellos es que el artículo 107 de nuestra Constitución es claro en cuanto a la definición de esta prestigiosa institución como el máximo órgano consultivo del Gobierno. Teniendo en cuenta que es al Gobierno al que compete la última decisión sobre un acto tan excepcional, o al menos así debería ser, como el de la concesión de un indulto, parece que, cuanto menos, ningún mal ocasiona la existencia de esta consulta, máxime cuando el artículo 2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, señala como funciones velar por la observancia de la Constitución y del resto

del ordenamiento jurídico, valorar los aspectos de oportunidad y conveniencia cuando lo exija la índole del asunto o lo solicite expresamente la autoridad consultante, así como la mayor eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines. En segundo lugar la propia composición del Consejo de Estado, que reúne a gentes con una experiencia política o que ostentan unos cargos relevantes en nuestras instituciones, puede ayudar a dar una perspectiva que sólo otorga la experiencia o el ver las circunstancias desde una determinada posición. Y por último, aunque no menos importante, tampoco debemos olvidar la alta cualificación profesional de quienes allí trabajan, comenzando por los Letrados del Consejo de Estado que gozan de unos conocimientos jurídicos y de un bagaje intelectual que resulta del todo aprovechable. A todo ello se añade además el olvido del legislador, intencionado o no, en la referencia que se hace a este órgano en el artículo 12 en el que se dice que podrá conmutarse la pena en otra de distinta escala cuando haya méritos suficientes para ello, a juicio del Tribunal sentenciador o del Consejo de Estado.

Por último, el artículo 3 de la ley dice que lo dispuesto en el artículo anterior, esto es, las excepciones que acabamos de admitir, no serán aplicables 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. La redacción de este precepto data de la reforma operada en 1988 por lo que las remisiones que aquí se disponen no se corresponden con las de nuestro actual Código Penal. ¿Cuáles son esos delitos actualmente? Llevando a cabo una actuación comparativa vemos que las rúbricas de los anteriores tipos delictivos en el momento en el que se modificó la actual Ley en 1988, eran: «Delitos contra el Jefe del Estado, su sucesor, altos Organismos de la Nación y forma de gobierno» (Capítulo I, Título II, Libro II); «Delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes» y «De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes» (Sección 1ª y 2ª del Capítulo II, Título II, Libro II); y «Rebelión», «Sedición» y «Disposiciones comunes a los dos capítulos anteriores» (Capítulos III, IV y V, Título II, Libro II). Se trataba de la nomenclatura prevista por el Código Penal de 1973 que no se ajusta al actualmente vigente. La cuestión a dilucidar es

si es aplicable o no a las rúbricas de los nuevos tipos delictivos. No es lugar éste para hacer una crítica en profundidad, pero ésta es una de esas situaciones que nos debe hacer pensar a quienes participamos de la elaboración de las leyes en uno u otro plano, sobre la técnica de remisión leyes específicas.

Resulta necesario recurrir a una combinación de los criterios interpretativos clásicos y, obviamente, también de nuestros principios constitucionales. La normativa sobre el indulto no reviste la naturaleza penal por lo que, en principio, no se tiene por qué ver afectada por los estrictos principios unidos a ella, tales como el de legalidad o tipicidad y, además, podremos estar de acuerdo en que los delitos revisten una especial naturaleza. Visto el Código Penal de 1995, y siguiendo el criterio marcado por Llorca Ortega, podemos llegar a la conclusión de que la excepción que tratamos sería actualmente aplicable a los siguientes delitos:

- «Rebelión y «Delitos contra la Corona»: Capítulos I y II, del Título XXI, del Libro II.
- «Delitos contra las Instituciones del Estado»: Sección 1ª, del Capítulo III, del Título XXI, del Libro II.
- «De los delitos cometidos con ocasión de ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución»: Sección 1ª, del Capítulo IV, del Título XXI, del Libro II.
- «De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales»: Capítulo V, del Título XXI, del Libro II.
- «Sedición»: Capítulo I, del Título XXII, del Libro II.

#### IV. CLASES DE INDULTOS

Existen tantas clasificaciones de indultos como criterios sean utilizados, sin embargo nos vamos a referir a la más relevante, concerniente a los efectos del indulto.

a) *El indulto total*

El indulto total: se considera cuando hay una remisión de todas las penas a las que hubiese sido condenado y que todavía no hubiese cumplido el delincuente.

Conforme el artículo 11 de la Ley del Indulto sólo cabe otorgar el indulto total en el caso de existir a su favor razones de justicia, equidad o utilidad pública, a juicio del Tribunal Sentenciador. Con anterioridad a la modificación del año 1988, también cabía la posibilidad de que apreciase dichas razones el Consejo de Estado, aunque hay que establecer una diferencia en este caso y es que sus opiniones no eran disyuntivas sino que era necesaria la concurrencia de voluntades de ambos órganos. Respecto a las dos cuestiones aquí suscitadas, tanto la de los conceptos de justicia, equidad y utilidad pública, como la concerniente a la participación del Consejo de Estado, me remito a lo anteriormente expuesto.

b) *El indulto parcial*

El indulto parcial: Cuando se da la remisión de alguna o algunas de las penas impuestas, o de parte de todas en las que hubiese incurrido y no hubiese cumplido todavía el delincuente. Igualmente se considera indulto parcial la conmutación de la pena o penas impuestas al delincuente por otras menos graves.

En el caso de que el Tribunal sentenciador no apreciase la concurrencia de las razones de justicia, conveniencia o utilidad pública, el artículo 12 únicamente permite la concesión del indulto parcial. Se trata en todo caso de una afirmación normativa superficial puesto que sería lo único deducible del artículo 11 al que antes hemos hecho mención.

c) *El indulto condicionado*

Es muy frecuente que la concesión del indulto esté condicionada a que no se vuelva a cometer un delito, normalmente doloso, en un

determinado plazo de tiempo o por ejemplo a que el sujeto no abandone el tratamiento que tiene iniciado hasta alcanzar la total rehabilitación. Parece razonable esta exigencia en cuanto a que una persona que se está beneficiando de una institución de naturaleza excepcional, no pueda aprovecharse de una de las consecuencias de ese beneficio para la comisión de hechos tipificados con conciencia y voluntad de realización de los mismos.

## V. TRAMITACIÓN DE LOS INDULTOS

### a) *¿Quién debe presentar la solicitud de indulto?*

El capítulo III de la Ley de 1870 lleva por rúbrica «Del procedimiento para solicitar y conceder la gracia del indulto».

- Así, conforme a su artículo 19, el indulto lo puede solicitar el penado, sus parientes o cualquier otra persona en su nombre, sin necesidad de poder escrito que acredite su representación. Ahora bien, se plantea la duda de que una persona pueda o no solicitar el indulto aun contra el criterio del reo que se pueda ver beneficiado del mismo. Cabe la posibilidad de que una persona rechace la solicitud de indulto, bien porque no se considere culpable, bien porque sus propios criterios éticos le lleven a cumplir la condena por los hechos cometidos o bien incluso por alguna suerte de motivo irracional. Esta cuestión se conecta directamente con la propia naturaleza del indulto. Es muy frecuente, a la par que incorrecto o al menos equívoco, el hablar del derecho de indulto. El indulto como tal no es un derecho del individuo del que se deriven un haz de facultades del mismo, sino que se trata de una potestad de la que dispone el Estado que ejerce el Rey previa decisión del Gobierno y en estricto cumplimiento de la legalidad vigente. En definitiva no existe disponibilidad del sujeto y por tanto no parece necesario exigir su consentimiento, argumento al que luego volveremos cuando hablemos de la posibilidad o no de renuncia al indulto por parte de aquella persona a la que se lo hubieran concedido. Al hilo de esta argumentación se plantean dos cuestiones:

- Por un lado el último inciso del artículo 12 de la Ley del Indulto, que dice: «Sin embargo de lo dispuesto en el párrafo anterior, podrá también conmutarse la pena en otra de distinta escala cuando haya méritos suficientes para ello, a juicio del Tribunal Sentenciador o del Consejo de Estado, y *el penado además se conformare con la conmutación*». Este inciso no destruye los argumentos anteriormente expuestos respecto a la naturaleza del indulto sino únicamente plantea un supuesto concreto en el que existe una posibilidad de pronunciamiento de la persona afectada en cuanto a los efectos de esta institución, y más en concreto la posibilidad o no de aceptar esa modalidad de conmutación.
- Por otro se plantea la posibilidad o no de que un reo renuncie al indulto que le haya sido concedido por los mismos motivos a los que hemos hecho mención cuando hablábamos de la oposición de la persona beneficiaria para la que se solicita un indulto. A nuestro juicio no cabe esa posibilidad de renuncia puesto que la aplicación del Derecho Penal no está en la esfera jurídica de las personas a las que se imponen sus consecuencias jurídicas y, por otro, porque del procedimiento de la concesión del indulto se deriva la no intervención del sujeto beneficiario que, por decirlo con simplicidad, carece de opinión alguna en la concesión o denegación del indulto.
- Por otro lado el artículo 20 establece que pueden solicitarlo también otros sujetos que forman parte de la Administración de Justicia o que participan en el seno de la misma: el Tribunal Sentenciador, el Tribunal Supremo, el Fiscal del Tribunal Sentenciador o el Fiscal del Tribunal Supremo; todo ello conforme a lo que dispone el párrafo tercero del artículo segundo del Código Penal, y se disponga además en las leyes de procedimiento y casación criminal. La referencia al párrafo segundo del artículo tercero hoy hay que entenderla referida al párrafo tercero del artículo cuarto en el que se dice que «Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre...la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación

de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo».

- En el caso de que no lo solicitaran ninguno de los sujetos anteriormente mencionados, cabe la posibilidad, al amparo del artículo 21 de la Ley, de que sea el propio Gobierno quien ordene formar el oportuno expediente. Este sí que debe ser visto como el supuesto más excepcional de todos, ya que parece en cierta medida ilógica esta decisión en cuanto que, con independencia de los sujetos que participan de la formación del expediente, parece que por un lado sería extraña la no concesión de un indulto que hubiese iniciado el propio Gobierno de oficio, y por otro cualquiera del resto de los sujetos facultados parece tener una visión cuanto menos más cercana del caso concreto como consecuencia de la participación directa en el proceso correspondiente o por la posición jerárquica que ocupan sobre estos sujetos en el organigrama judicial o del Ministerio Fiscal.
- Por último, hay que mencionar el denominado indulto penitenciario. Se trata de un supuesto contemplado expresamente en la legislación penitenciaria. Conforme al artículo 206 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, la Junta de Tratamiento, previa propuesta del Equipo Técnico, podrá solicitar del Juez de Vigilancia Penitenciaria la tramitación de un indulto particular, en la cuantía que aconsejen las circunstancias, para los penados en los que concurran, de modo continuado durante un tiempo mínimo de dos años y en un grado que se pueda calificar de extraordinario, todas y cada una de las siguientes circunstancias:
  - Buena conducta.
  - Desempeño de una actividad laboral normal, bien en el Establecimiento o en el exterior, que se pueda considerar útil para su preparación para la vida en libertad.
  - Participación en las actividades de reeducación y reinserción social.



b) *Forma de presentación y plazos de tramitación*

Para solicitar el indulto es necesario enviar un escrito al Ministerio de Justicia en el que deberá constar la documentación necesaria:

- El Juzgado de Instrucción y número del mismo.
- El número de procedimiento.
- El Juzgado o Tribunal que dictó la Sentencia y el número del mismo.

De conformidad con el artículo 22 de la Ley del Indulto, todas las solicitudes efectivamente se dirigirán al Ministerio de Justicia por conducto del Tribunal sentenciador, del Jefe del establecimiento o del Gobernador de la provincia en que el penado se halle cumpliendo condena, según los respectivos casos.

El Tribunal sentenciador deberá emitir un informe relativo al indulto que a su vez deberá contener los informes que hubiera solicitado sobre la conducta del penado. Efectivamente según disponen los artículos 23 a 28 de la Ley del Indulto, todas las solicitudes de indulto se remitirán para informe del Tribunal sentenciador. A su vez, el Tribunal sentenciador pedirá informe al Jefe del establecimiento en el que el penado estuviere cumpliendo condena o al Gobernador de la provincia de su residencia, si la pena no consistiese en la privación de la libertad. Además será necesario que oiga por un lado al Ministerio Fiscal y por otro a la parte ofendida si la hubiere.

Los aspectos que el Tribunal sentenciador debe hacer constar en el informe son: la edad, estado y profesión del penado, su fortuna si fuere conocida, sus méritos y antecedentes, si el penado fue con anterioridad procesado y condenado por otro delito, y si cumplió la pena impuesta o fue de ella indultado, por qué causa y en qué forma, las circunstancias agravantes o atenuantes que hubiesen concurrido en la ejecución del delito, el tiempo de prisión preventiva que hubiese sufrido durante la causa, la parte de la condena que hubiere cumplido, su conducta posterior a la ejecutoria, y especialmente las pruebas o indicios de su arrepentimiento que se hubiesen observado, si hay o no parte ofendida, y si el indulto perjudica el derecho de tercero, y cualesquiera otros datos

que puedan servir para el mejor esclarecimiento de los hechos, concluyendo por consignar su dictamen sobre la justicia o conveniencia y forma de la concesión de la gracia.

Junto con su informe, el Tribunal sentenciador deberá remitir al Ministerio de Justicia la hoja histórico-penal y el testimonio de la sentencia ejecutoria del penado, con los demás documentos que considere necesarios para la justificación de los hechos.

Obviamente el Tribunal Supremo o el Tribunal sentenciador que de oficio propongan al Gobierno el indulto de un penado, acompañarán con la propuesta el informe y documentos a que nos hemos referido.

Asimismo, en referencia a la tramitación, tendrán una consideración preferente los que sean tramitados al amparo del artículo 2.2 (hoy 4.3) del Código Penal siempre y cuando los informes del Ministerio Fiscal, del establecimiento penitenciario y del ofendido no se opusieran al criterio del Tribunal. También tendrán un tratamiento preferente los expedientes calificados de especial urgencia o importancia.

Del mismo modo que se reconoce al Ministerio de Justicia la facultad de acelerar la tramitación del expediente de un indulto, hay que recordar otras dos especialidades desde el punto de vista de los plazos de tramitación del expediente de indulto.

- Por un lado el artículo 6.1 del Real Decreto 1879/1994, de 16 de septiembre, por el que se aprueban determinadas normas procedimentales en materia de Justicia e Interior, y que afirma que los procedimientos a que dé lugar el ejercicio del derecho de gracia habrán de ser resueltos en el plazo máximo de un año, pudiendo entenderse desestimadas las solicitudes cuando no haya recibido resolución expresa en el indicado plazo.
- Por otro, la Orden Ministerial de 10 de septiembre de 1993 permite que, cuando a criterio de la Subsecretaría de Justicia, la propuesta de un indulto requiera ampliar el tiempo de su tramitación, se podrá prolongar ésta durante el plazo de seis meses a partir de la recepción de los informes preceptivos, existiendo la

obligación de comunicar dicha decisión al Tribunal sentenciador, al solicitante o proponente del indulto si no fuera aquél y al Director del establecimiento en que se halle cumpliendo condena el penado o, en otro caso, al Gobernador civil de su residencia, a efectos de que, si lo consideran oportuno, puedan comunicar a la Subsecretaría de Justicia la producción, en su caso, de circunstancias sobrevenidas que pudieran afectar a la determinación, conocimiento y comprobación de los datos requeridos para la concesión del indulto.

c) *Lugares donde se puede presentar*

- En el Registro General del Ministerio de Justicia.
- En cualquiera de las Gerencias Territoriales del Ministerio de Justicia.
- En cualquiera de los Registros de la Administración General del Estado o de la Administración de las Comunidades Autónomas y en las Corporaciones Locales que hayan suscrito el Convenio de Ventanilla Única.
- Por correo dirigido al Registro General del Ministerio de Justicia.

d) *La suspensión de la pena*

El efecto más relevante de la tramitación de un expediente de indulto puede ser el de la suspensión de la pena que, en su caso, estuviese cumpliendo el reo. La regla general viene establecida en el artículo 32 de la Ley del Indulto que es claro al señalar que la solicitud o propuesta de indulto *no suspenderá el cumplimiento de la sentencia ejecutoria*, salvo en el caso en que la pena impuesta fuese la de muerte, la cual no se ejecutará hasta que el Gobierno haya acusado el recibo de la solicitud o propuesta al Tribunal sentenciador. Hoy día la mención a la pena de muerte carece de fundamento, puesto que aunque constitucionalmente existe un último resquicio que avalaría su regulación, legalmente se encuentra derogada, conforme a la Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra. La regla general es por tanto la de ejecución de la pena, tal y como lo

confirma el artículo 4.3º del Código Penal que dispone que cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo, el Juez o Tribunal acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión del indulto, *sin perjuicio de ejecutar desde luego la Sentencia*. En conclusión la regla es la ejecución de la condena. Sin embargo, el propio Código Penal establece dos excepciones que son:

- Por un lado, el párrafo primero del artículo 4.4 del Código Penal dice que si mediara petición de indulto y el Juez o Tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada. El fundamento último radica en una suerte de compensación por la vía del indulto de los perjuicios con los que se hubiera visto afectado el reo por un proceso por dilaciones indebidas. A pesar de que la redacción dada por el legislador no es nada afortunada, el tratamiento colateral que a esta cuestión le ha dado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional nos puede arrojar algo de luz sobre la correcta interpretación o más bien justificación de este precepto. Así por ejemplo la Sentencia del Tribunal Constitucional 381/1993 afirmaba que «alegada la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en el recurso de casación, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, tras desestimar el recurso, señala en su fundamento jurídico cuarto lo siguiente: esta Sala, no obstante, entiende que probada la dilación de la tramitación de la causa, próxima a los cinco años, por retención de los autos debida a la representación de uno de los procesados, tal dilación debe ser tenida en cuenta *por vía de indulto* reduciendo la pena a los límites que permiten la remisión condicional». El Juez o Tribunal tendrá la obligación de proceder a la suspensión de la pena cuando concurriera un supuesto de dilaciones indebidas y oportuna solicitud de indulto.

- Por otro, el párrafo segundo del artículo 4.4 del Código Penal dice que también podrá el Juez o Tribunal suspender la ejecución de la pena, mientras no se resuelva sobre el indulto cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad de ésta pudiera resultar ilusoria. Parece lógico que, teniendo en cuenta los efectos del indulto, consistentes principalmente en una remisión total o parcial de las penas, no se proceda a su ejecución cuando la naturaleza de las mismas (pensemos en una pena privativa de libertad temporalmente corta) conllevarse innecesario siquiera concluir el expediente de indulto puesto que ya hubiera sido cumplida. En su Sentencia 35/1994, el Tribunal Constitucional afirmaba: «Si el órgano judicial estima que su ejecución puede producir efectos indeseados de cualquier género, el ordenamiento prevé a estos fines mecanismos como el del indulto, apropiado, como se ha dicho antes, para, sin desvirtuar su obligación constitucional de ejecutar lo juzgado y sin desnaturalizar el contenido del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, obtener de una manera jurídicamente correcta el fin de la ejecución de la condena».

## VI. CONCESIÓN, MOTIVACIÓN Y PUBLICIDAD

El artículo 30 de la Ley del Indulto dice: «La concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en Real Decreto, que se insertará en el “Boletín Oficial del Estado”». Mayor importancia tiene, para lo que vamos a tratar, la redacción dada con anterioridad a la reforma de 1988: «La concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en *decreto motivado* y acordado en Consejo de Ministros, que se insertará en la Gaceta».

La concesión del indulto es un acto del Consejo de Ministros, órgano de decisión del Gobierno, y que adopta la decisión sobre la base de la propuesta elevada por el Ministro de Justicia, en cuanto que titular del Ministerio competente para la tramitación del expediente. Por último, esa decisión ha de ser publicada en el Boletín Oficial del Estado. La justificación de la publicación radica, a nuestro juicio, además de en una exigencia legal, en el hecho de que el indulto sigue ostentando la

condición de acto de naturaleza excepcional. Buscar más allá de las normas la obtención de la justicia en el caso concreto, excepcionar los efectos de la aplicación del *ius puniendi* del Estado, modificar los efectos de una decisión del Poder Judicial, todo ello justifica que ha de ser objeto de conocimiento por la sociedad y el medio más adecuado es el de recurrir al Boletín Oficial.

Pero del mismo modo que elogiamos este régimen de publicidad, debemos tornarnos especialmente críticos con el tratamiento de la motivación que operó la reforma del año 1988 que eliminó esa exigencia. Con independencia de lo que veremos al hablar del control del indulto, de lo dicho hasta ahora se deduce que la concesión del indulto es una facultad discrecional del Gobierno y como tal debería ir acompañada de la correspondiente motivación. El artículo 54.1f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, exige la motivación de los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales. Y es que la motivación es la vía a través de la cual se hacen públicos los criterios, el proceso intelectual del Gobierno que le ha llevado a tomar la decisión, máxime cuando es una decisión de tanta trascendencia como la de exceptuar los efectos de una decisión de un órgano jurisdiccional, en cuanto que ésta es, a su vez, uno de los exponentes por excelencia de la existencia de un Estado de Derecho. Es enteramente denunciable el modo en el que se plasma la justificación de los indultos en el BOE que suele estar limitada a la fórmula «visto el expediente». En todo caso, como hemos señalado, profundizaremos en la cuestión al tratar del control, puesto que la motivación es uno de los instrumentos fundamentales para poder controlar el ejercicio de facultades discrecionales.

## VII. EFECTOS DE LA CONCESIÓN DEL INDULTO

Al principio de nuestro trabajo, cuando delimitábamos el indulto particular de otras figuras afines, señalábamos que la peculiaridad de éste era su carácter individualizado y que suponía una remisión total o parcial de las penas. Sin embargo esto supone un reduccionismo de los efectos que tiene esta institución y que se encuentran claramente delimitados en la ley.

Lo primero que debemos señalar es que el artículo 5 de la Ley del Indulto dice que será nula y no producirá efecto alguno vinculante para el Tribunal encargado de la aplicación, la concesión del indulto en el que no se hiciese una mención expresa a lo menos de la pena principal sobre la que recaiga la gracia. Esta mención a la pena principal es la verdaderamente relevante puesto que el artículo 6 dispone que el indulto de la pena principal llevará consigo el de las accesorias que con ella se hubieren impuesto al penado, con la excepción de las de inhabilitación para cargos públicos y derechos políticos y sujeción a la vigilancia de la Autoridad, las cuales no se entienden comprendidas si no se hace mención expresa a las mismas en la concesión. Ahora bien, a continuación el artículo 7 dispone que cabe conceder el indulto de las penas accesorias, con exclusión de las principales y viceversa, a no ser de aquellas que sean inseparables por su naturaleza y efectos. En el plano negativo se debe señalar que el último inciso del artículo 6 recoge que nunca comprenderá la indemnización civil y tampoco las costas procesales. En el caso de la pena de multa, el artículo 8 afirma que la concesión del indulto conllevará la exención del indultado del pago de la cantidad que aún no hubiera satisfecho; aunque no supondrá la devolución de la ya pagada salvo que así se contemple expresamente. Incluso se contempla la posibilidad de efectos para los herederos, de modo que el artículo 10 señala que si el penado hubiere fallecido al tiempo o después de existir causas bastantes para la concesión de su indulto, podrá relevarse a sus herederos de la pena accesoria de multa, con arreglo a lo dispuesto en los artículos anteriormente citados.

Respecto a la segunda modalidad de efectos del indulto particular, esto es, no la que supone la remisión de la pena sino la conmutación de la misma, siempre será preferible la conmutación de la pena impuesta por otra menos grave dentro de la misma escala gradual cuando se trate de un supuesto de indulto parcial; aunque como hemos citado anteriormente, al hilo del tratamiento del papel del Consejo de Estado, cabrá la posibilidad de conmutar la pena en otra de distinta escala cuando haya méritos suficientes para ello a juicio del Tribunal sentenciador o del Consejo de Estado, y el penado además se conformare con la conmutación. Este último inciso, y aunque ya hemos apuntado algo anteriormente, resulta al menos distorsionador ya que si hemos venido subrayando que el procedimiento de indulto, al no tratarse de un derecho del

potencial o real beneficiario del mismo, no cuenta con su voluntad, tampoco parece lógico que se deba tener en cuenta en este supuesto concreto.

### VIII. EL CONTROL DEL INDULTO

Sin lugar a dudas, y a la vista del escaso pero bien fundado tratamiento de esta institución por nuestra doctrina, la cuestión más polémica es la que se refiere al control del indulto, tanto de su denegación como, principalmente, de su concesión. Hemos señalado al principio que el indulto es un acto discrecional del Gobierno y como tal se encuentra limitada la posibilidad de su concesión. Analicemos las tres vías que a nuestro juicio existen:

- En primer lugar cabe un control social de la concesión del indulto, en el que juegan un papel fundamental los medios de comunicación. Contrariamente a lo que alguno sostiene, pensamos que los medios de comunicación, cuantos más y más plurales mejor, son instrumento fundamental de control en cualquier democracia saneada, en cuanto que por un lado contribuyen a la formación de opinión por parte de los ciudadanos y, en menor medida, porque son un instrumento fundamental de denuncia de los abusos que se puedan cometer desde el poder. Todo ello sin perjuicio de que tampoco podemos obviar la existencia de intereses empresariales que se encuentran detrás de estos medios de comunicación. Lo cierto es que la concesión de indultos o no por parte de un Gobierno únicamente adquiere trascendencia pública cuando la persona beneficiada de la misma es conocida. Recordemos a este respecto el caso del juez Gómez de Liaño que provocó una verdadera riada de editoriales, portadas de periódico, artículos de opinión y artículos doctrinales.
- También cabe una segunda modalidad de control cual es el control parlamentario. Hoy día dentro de las funciones que la Constitución atribuye al Parlamento, la más relevante sin duda es la labor de control del Gobierno. No es este el lugar para pronunciarnos sobre la diferencia entre la labor de control y de



información así como sus correspondientes instrumentos. Baste decir que nada impedirá a los Diputados y Senadores plantear preguntas orales en comisión, preguntas orales en Pleno o preguntas escritas al objeto de obtener información sobre la política general de concesión de indultos, ya que arrojaría dudas de admisibilidad el planteamiento de una pregunta sobre la concesión de un indulto en particular debido a las limitaciones reglamentarias sobre las preguntas de interés singular. En la misma línea cabría que un Diputado o un Senador interpelasen a un miembro del Gobierno con la finalidad de plantear un debate de política general sobre los indultos. Por último se podría solicitar la comparecencia de un miembro del Gobierno al efecto de conocer esta misma materia o presentar una moción o una proposición no de ley sobre esta cuestión, con la finalidad de contribuir a la concreción de la política criminal del Gobierno.

El único autor que ha tratado esta materia de manera concreta, el profesor López Aguilar, señalaba que el límite estaba en el control de la política de gobiernos previos. Se trata de una postura que compartimos. Sólo se puede controlar al Gobierno con el cual se mantiene una relación fiduciaria, aunque ésta en puridad sólo lo es con el Congreso de los Diputados, lo que conlleva que sólo se pueda exigir responsabilidad política por la concesión de indultos otorgados por ese mismo Gobierno. Ahora bien, eso no puede limitar una solicitud de información sobre la concesión de indultos por gobiernos previos, y ello por dos motivos: el primero porque se trata de una práctica habitual la solicitud de información de años anteriores, y en segundo lugar porque la propia concesión de indultos se publica en el Boletín Oficial del Estado.

- Por último hay que adentrarse en el control judicial. Se trata de una de las cuestiones más polémicas que rodean a los indultos y la más interesante, en nuestra opinión, desde el punto de vista jurídico. Lo primero a dilucidar es si el indulto es o no controlable judicialmente. La respuesta es afirmativa. Si estamos en un Estado de Derecho no puede haber ningún ámbito de actuación de los poderes públicos que esté exento del control judicial. Coincidiremos en que el indulto, en nuestro Estado constitucional, es un poder discrecional del Gobierno, frente a las notas

históricas que ponían al indulto como uno de los exponentes por excelencia de la arbitrariedad en manos del Monarca absoluto. Nos vamos a centrar en qué se puede controlar (i) y en quién lo puede controlar (ii).

(i). Respecto al qué, está claro que son susceptibles de control los elementos reglados de naturaleza procedimental o sustancial y que hemos ido viendo a lo largo de las líneas que anteceden: la existencia de los informes necesarios, la audiencia de terceros en los casos preceptuados, que la sentencia sea firme... todos estos elementos son perfectamente controlables. Recordemos a este respecto la importante aportación del artículo 2.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el que se recoge el control por esta jurisdicción de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, el control de los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueren procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos.

Otra de las cuestiones, de mayor complejidad, es si se puede controlar el fondo de la institución del indulto, es decir la concesión en sí misma del indulto. Parece que esta posible vulneración en el fondo de la decisión podría darse o bien porque quebrase el principio de igualdad, para lo cual sería necesario cumplir con los reiterados requisitos de nuestra jurisprudencia constitucional o bien porque se demostrase que el acto del Gobierno ha sido fruto de una decisión arbitraria, y por tanto contrario a lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución que prohíbe la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos. Las facultades discrecionales tienen un halo no controlable, puesto que en el ejercicio de una potestad discrecional la Administración, en este caso el Gobierno, dispone de un número de soluciones a adoptar y todas ellas perfectamente enmarcadas en la legalidad. Ahora bien, como ha recordado el Tribunal Supremo, la libertad de apreciación no es absoluta, sino que exige un proceso de razonamiento, un proceso intelectual y nunca la discrecionalidad equivale a la arbitrariedad.

Famosas han sido las polémicas sobre la posibilidad de control judicial de la discrecionalidad administrativa y que básicamente se resumían

en dos posturas: por un lado la de quienes sostenían que, a la luz de la Constitución de 1978, que la posibilidad de control judicial de la Administración se agota en los supuestos en que la decisión administrativa no está en sintonía con el Derecho, siendo éste al propio tiempo el presupuesto y el límite de la competencia judicial; y por otro los de quienes afirmaban que la Constitución, al establecer el sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho, así como a los fines que la justifiquen, permite al juez llegar en su control y en su decisión sobre los actos discrecionales tan lejos como el Derecho le permita. Compartiendo esta segunda postura, afirmamos que en el supuesto que nos ocupa, esto es la concesión de indultos, el juez debe hacer uso de las técnicas que el ordenamiento jurídico ha dispuesto para el control de la discrecionalidad tales como el de la desviación de poder o la motivación de los actos.

(ii) Mayor debate ha provocado la determinación de qué órgano ha de ejercer ese control. A este respecto hay dos posturas, la de quienes sostienen que esa labor corresponde al Tribunal sentenciador, y la de aquellos otros que sostienen que corresponderá a la jurisdicción contencioso-administrativa y, más en concreto, a la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

El primer supuesto se apoya jurídicamente en lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley del Indulto que dice: «La aplicación de la gracia habrá de encomendarse indispensablemente al Tribunal sentenciador». Por otro lado está el citado artículo 2 a) de la ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Se trata de determinar en primer lugar si los dos preceptos son incompatibles o no. En el primer supuesto se habla de la aplicación del indulto mientras que en el segundo nos estamos refiriendo al control del mismo. Algunos sostienen que se trata de dos conceptos equivalentes y por tanto así lo serían los preceptos. Aceptando que estuviéramos hablando de conceptos equivalentes, la mayoría de la doctrina se inclina por lo dispuesto por la Ley del Indulto apelando al principio de especialidad a la hora de la distribución competencial y por otro, en un argumento no tan jurídico, se apela a que la lógica impone que sea este órgano jurisdiccional el que lleve a cabo el control del indulto en la gestación de cuyo expediente ha participado.

Una segunda cuestión que se suscita si se reconoce la competencia del Tribunal sentenciador es que cabe la posibilidad de que este se oponga a la forma en la que haya concedido el indulto el Gobierno, en cuyo caso se plantea la posibilidad de si se puede llevar a cabo un «control del control» y en su caso a través de qué órgano. Aquí se ha recurrido al único órgano posible para conocer de los conflictos surgidos entre la Administración, en este caso su cabeza visible el Gobierno, y los órganos jurisdiccionales, en este caso el Tribunal sentenciador. Se trata del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción. El debate en torno a esta cuestión se suscitó principalmente como consecuencia del caso Gómez de Liaño. El conjunto de resoluciones que se dictaron en este supuesto son una buena muestra de la complejidad del caso: Sentencia de condena de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1999 al Magistrado Gómez de Liaño por un delito de prevaricación continuada, Informe negativo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2000 sobre la petición de indulto, Real Decreto 239/2000, de 1 de diciembre (BOE de 21 de diciembre de 2000) por el que se concedía el indulto, Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2001 sobre aplicación del indulto, Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2001 dictado ante el requerimiento de incompetencia instado por el Gobierno y Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción 6/2001, de 13 de junio. No es este el lugar para pronunciarnos sobre el caso concreto, puesto que además fue objeto de tratamiento por una abundante literatura científica y no científica, sino que únicamente lo resaltamos puesto que fue el origen de muchos de los debates que hemos mencionado y que vamos a mencionar a continuación. En todo caso, y a la luz de lo dispuesto en la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de conflictos jurisdiccionales, no deja de suscitar dudas el que una decisión de este tipo competa a este Tribunal, al que le corresponde conocer de conflictos de jurisdicción, supuesto que no se ajusta a lo que estamos tratando. Ahora bien, la ausencia de alternativas hace que, a salvo de una adecuada modificación legislativa que aprovechase también para establecer un nuevo régimen jurídico del indulto, ésta sea la única solución posible.

Una alternativa, en cuanto a la cuestión de fondo, es que el órgano encargado de realizar este control fuera el Tribunal Constitucional, aunque el problema es la determinación de la vía adecuada para la

intervención de este órgano. Resulta obligado mencionar la teoría del único autor, el profesor Aguado Renedo, que sepamos ha llevado a cabo un esfuerzo meritorio en cuanto a esta posibilidad. Así no cabe la posibilidad del recurso de amparo, puesto que el único sujeto legitimado para ello sería aquel al que le ha sido concedido el indulto y no parece lógico que sea él quien recurra; la segunda vía sería la del recurso de inconstitucionalidad pero para ello sería necesario que el Real Decreto tuviera rango de ley. Este último considerando es el sostenido por el autor quien afirma que al engarzarse directamente en el texto constitucional, puesto que el indulto no es un desarrollo de la ley, goza de la fuerza de ésta y por tanto es susceptible de ser controlado, aunque habrá que recordar los sujetos legitimados. Sin perjuicio de reconocer el ya mencionado esfuerzo intelectual del autor, él mismo recalca que la idea plantea demasiadas dificultades. No podemos estar de acuerdo con ella. El Real Decreto de concesión de indultos no es una norma sino un acto de naturaleza administrativa y como tal no es controlable por la jurisdicción constitucional que únicamente puede controlar normas con rango de ley.

De este modo nos encontramos con la imposibilidad de llevar hasta el final este control de los actos de concesión de indulto. Siempre va a quedar, a la luz de nuestro actual sistema, un último resquicio de decisión del Gobierno no susceptible de control, que resulta inevitable. Pero precisamente por esta realidad se hace más urgente que nunca una llamada a la responsabilidad por parte del Gobierno en el ejercicio de esta función extraordinaria. Asimismo, es obligado desde estas líneas llamar la atención al Legislador para que, sin perjuicio del merecido tributo a la calidad de las normas elaboradas en la segunda mitad del siglo XIX, afronte una adecuada y urgente regulación de esta institución.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

### *Libros*

- ROSARIO GARCÍA MAHAMUT. «El indulto. Un análisis jurídico-ctgconstitucional». Prólogo de Juan Fernando López Aguilar, Marcial Pons, 2004.
- CÉSAR AGUADO RENEDO. «Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia». Prólogo de Manuel Aragón, Civitas, 2001.

- JOSÉ LLORCA ORTEGA. «La ley de indulto. Comentarios, Jurisprudencia, Formularios y notas para su reforma». Tirant lo Blanch, 3ª edición, 2003.
- CÉSAR AGUADO RENEDO. «Problemas constitucionales de la potestad de gracia: en particular, su control»; en AA.VV. «La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Rubio Llorente». Congreso de los Diputados. Tribunal Constitucional. Universidad Complutense de Madrid. Fundación Ortega y Gasset. CEPC, Madrid, 2002. pp. 897-916.
- Comentarios al nuevo código penal / Gonzalo Quintero Olivares (director). Fermín Morales Prats (coordinador). 4ª edición, revisada, actualizada y puesta al día. Cizur Menor, Navarra. Aranzadi, 2005.

### *Artículos de Revista*

- CÉSAR AGUADO RENEDO. «Análisis (estrictamente jurídico) de un indulto conflictivo: el «caso Gómez de Liaño». Revista Española de Derecho Constitucional. Año 21, nº 63. septiembre-diciembre, 2001, pp. 279-315.
- JUAN LUÍS PÉREZ FRANCESCH y FERNANDO DOMÍNGUEZ GARCÍA. «El indulto como acto del gobierno: una perspectiva constitucional. (Especial análisis del «caso Liaño»». Revista de Derecho Político, nº 53. 2002, pp. 25-73.
- HORACIO ROLDÁN BARBERO. «Indulto e individualización de la pena»; en AA.VV. «Estudios jurídicos en conmemoración del X aniversario de la Facultad de Derecho». Universidad de Córdoba, 1991, pp. 499-512.
- ENRIQUE LINDE PANIAGUA. «La clemencia (amnistía e indulto) a la luz de la jurisprudencia de los Tribunales Supremo y Constitucional y del Código Penal de 1995. Boletín de Información. Año LII. Junio de 1998. nº 1823. Ministerio de Justicia, pp. 1413-1428.
- ENRIQUE LINDE PANIAGUA. «El indulto como acto de administración de justicia y su judicialización. Problemas, límites y consecuencias». Teoría y Realidad Constitucional. Número 5. 1º semestre, 2000. UNED, pp. 161-175.
- PEDRO LUÍS SERRERA CONTRERAS. *¿El indulto para todos?* Diario La Ley. Madrid, nº 5442 2001. pp. 1-5
- ENRIQUE LINDE PANIAGUA. *Amnistía e indulto en la Constitución Española de 1978*. REVISTA DE DERECHO POLÍTICO. 1978-1979. nº 2. pp. 55-69
- JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI. *Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas*. Cuadernos de Política Criminal. 1986. nº 30, pp. 559 y ss.