



TESIS DOCTORAL

“EL INDULTO: UN ENFOQUE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL”

ENRIQUE FCO. FLIQUETE LLISO

DIRIGIDA POR:

PROF. DR. VICENTE GARRIDO MAYOL

PROF. DR. ANTONIO LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ

DEPARTAMENTO CIENCIA JURÍDICA

ELCHE, 2015

A Belén, a nuestros hijos

A mi madre y hermanos

A mi padre



AGRADECIMIENTOS

Esta Tesis no habría sido posible sin la imprescindible ayuda, y el tesón y el aliento, que desde hace años me ha brindado mi Director, Dr. Vicente Garrido, de quien no sólo he aprendido a articular las ideas jurídicas y a plasmarlas en un texto científico, a deslindar lo esencial de lo accesorio, lo nuclear de lo superfluo. He aprendido de él a querer el Derecho, a vivir el Derecho y a ponerlo al servicio de la sociedad, como compañeros en la docencia en la Facultad de Derecho de la Universidad Miguel Hernández durante 17 años y como compañeros de función consultiva, en el Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana. A él le debo esta Tesis. Y también a mi co-Director Dr. Antonio Luis Martínez-Pujalte cuyo especial talento jurídico he tenido la oportunidad de apreciar y disfrutar, también como compañero desde los inicios de la Universidad Miguel Hernández. Y a ambos, además, les agradezco que me honren con su amistad.

Sirva la presente como agradecimiento a todos aquellos compañeros del Departamento de Derecho Constitucional de la Universitat de Valencia, que me animaron en todo momento a culminar esta misión. Al Dr. Félix Crespo, director de mi primer trabajo de investigación, quien no dejó de perseverar para que llevase a cabo esta Tesis. A las múltiples vivencias que el ejercicio de la Abogacía han sumado en mi formación jurídica, ya que al Derecho es difícil apreciarlo si no se vive.

Y a mi mujer y a mis hijos, pues son el motivo de que exista este trabajo. Y a mis hermanos, por compartir conmigo la pasión por el Derecho. Y a mi madre, de quien he aprendido que vivir es una constante dedicación

a los demás; que lo adverso es parte de lo propicio, que lo triste es la antesala de la felicidad; y que luchar siempre tiene sentido cuando hay una razón para ello. Y, especialmente, a mi padre, quien dedicó toda su vida a que, algún día, yo pudiese decir lo que he escrito en estas líneas.



“Y el hijo le dijo: Padre, he pecado contra el cielo y contra ti, y ya no soy digno de ser llamado tu hijo. Pero el padre dijo a sus siervos: Sacad el mejor vestido, y vestidle; y poned un anillo en su mano, y calzado en sus pies. Y traed el becerro gordo y matadlo, y comamos y hagamos fiesta; porque este mi hijo muerto era, y ha revivido; se había perdido, y es hallado. Y comenzaron a regocijarse”

Lucas 15:21-24

EL INDULTO: UN ENFOQUE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL
TESIS DOCTORAL

ÍNDICE

Capítulo I · Introducción: objeto, método y fuentes.....	7
1.- Objeto.....	7
2.- Método.....	11
3.- Fuentes.....	13
 Capítulo II · Aproximación al concepto.....	 15
1.- El concepto de <i>gracia</i>	15
2.- La <i>gracia</i> como perdón.....	21
3.- El <i>derecho de gracia</i> y la clemencia.....	29
4.- Derecho de <i>gracia</i> y soberanía.....	37
5.- El <i>derecho de gracia</i> en el Estado de Derecho.....	41
5.1.- Justificación del indulto particular en el Estado de Derecho.....	43
5.2.- Crítica y refutación de la <i>gracia</i>	49
 Capítulo III · Apuntes históricos	 55
1.- Orígenes del <i>derecho de gracia</i>	55
2.- El <i>derecho de gracia</i> en la Edad Antigua.....	56
2.1.- <i>Derecho de gracia</i> en Mesopotamia.....	57

2.2.- <i>Derecho de gracia</i> en la Antigua India.....	61
2.3.- <i>Derecho de gracia</i> en el Derecho Mosaico.....	62
2.4.- <i>Derecho de gracia</i> en el Antiguo Egipto.....	67
2.5.- <i>Derecho de gracia</i> en la Grecia Clásica.....	70
2.6.- <i>Derecho de gracia</i> en la Antigua Roma.....	74
3.- El <i>derecho de gracia</i> en la Edad Media.....	80
3.1.- El <i>derecho de gracia</i> en la Alta Edad Media.....	80
3.1.1.- El Derecho visigodo y el <i>liber iudiciorum</i>	81
3.1.2.- <i>Al-Aldalus</i> y el Derecho islámico.....	84
3.2.- El <i>derecho de gracia</i> en la Baja Edad Media.....	89
4.- El <i>derecho de gracia</i> en el Estado moderno.....	95
4.1.- El <i>derecho de gracia</i> en la monarquía absoluta.....	96
4.2.- Del Estado absoluto al Estado constitucional.....	108
4.3.- El Estado constitucional.....	124
Capítulo IV · La gracia en el Derecho comparado	133
1.- El <i>derecho de gracia</i> en los ordenamientos constitucionales.....	133
2.- El <i>derecho de gracia</i> en el Reino Unido.....	135
3.- El <i>derecho de gracia</i> en Francia.....	136
4.- El <i>derecho de gracia</i> en Italia.....	137
Capítulo V · El Rey en la Constitución de 1978	141
1.- La monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978.....	142
2.- Las funciones del Rey en la Constitución de 1978.....	149
3.- Ejercicio de las funciones del Rey: el refrendo.....	155
4.- El Rey como titular del ejercicio del <i>derecho de gracia</i>	159

Capítulo VI · La función de indultar en la Constitución 1978.....	171
1.- ¿Era necesaria la constitucionalización del <i>derecho de gracia</i>?.....	172
1.1.- <i>Derecho de gracia</i> y ley penal.....	173
1.2.- <i>Derecho de gracia</i> y ejercicio de la potestad jurisdiccional.....	178
1.3.- Consecuencias.....	185
2.- Configuración del <i>derecho de gracia</i> en el art. 62 CE.....	187
2.1.- Elementos constitutivos del <i>derecho de gracia</i>.....	190
2.2.- Contenido mínimo de la ley reguladora del <i>derecho de gracia</i>	203
2.3.- Naturaleza de la ley reguladora del <i>derecho de gracia</i>.....	207
2.3.1.- <i>Derecho de gracia</i> y derecho a la libertad individual art. 17.1 CE.....	217
2.3.2.- <i>Derecho de gracia</i> y tutela judicial efectiva art. 24.1 CE	219
2.3.3.- <i>Derecho de gracia</i> y principio de legalidad penal art. 25.1 CE	227
2.3.4.- <i>Derecho de gracia</i> y principio general de orientación de las penas del art. 25.2 CE.....	230
2.3.5.- Consecuencia: necesidad de ley orgánica para regular el Indulto.....	257
2.3.6.- Incidencia del <i>derecho de gracia</i> en la ley penal...272	
2.3.7.- Exclusión del legislador autonómico para regular el ejercicio del <i>derecho de gracia</i>.....	283
2.3.8.- Exclusión del Decreto-ley para regular el ejercicio del <i>derecho de gracia</i>.....	300
2.3.9.- Contenido y alcance de la ley que debe regular el ejercicio del <i>derecho de gracia</i>.....	306

Capítulo VII · Manifestaciones del <i>derecho de gracia</i>	315
1.- Manifestaciones del <i>derecho de gracia</i> en la Constitución.....	315
2.- El indulto general.....	319
2.1.- Aproximación al concepto de indulto general.....	319
2.2.- Los intentos de limitación del indulto general.....	323
2.3.- Rasgos definitorios del indulto general.....	327
3.- El indulto particular.....	336
3.1.- Pautas de admisibilidad del indulto particular.....	338
3.2.- Justicia, equidad y utilidad pública.....	343
3.3.- Aproximación al concepto de indulto particular.....	348
4.- La amnistía.....	357
4.1.- Compatibilidad constitucional de la amnistía.....	358
4.2.- Amnistía y <i>derecho de gracia</i>	366
5.- Las referencias constitucionales al <i>derecho de gracia</i>	376
Capítulo VIII · El indulto: una disfunción constitucional	383
1.- Naturaleza.....	384
2.- Justificación del indulto en el Estado de Derecho.....	389
2.1.- La justicia material como justificación del indulto.....	392
2.2.- Consideraciones sobre el indulto por utilidad pública.....	404
2.3.- Primeras conclusiones.....	407
3.- Disfunciones constitucionales del indulto.....	409
3.1.- <i>Derecho de gracia</i> e igualdad jurídica.....	410
3.2.- <i>Derecho de gracia</i> e interdicción de la arbitrariedad.....	417
3.3.- <i>Derecho de gracia</i> y principio de seguridad jurídica.....	425

Capítulo IX · El acto de concesión del indulto.....	437
1.- El indulto como función del Gobierno.....	437
2.- El indulto y el principio de división de poderes.....	445
3.- Materialización del ejercicio del indulto.....	451
3.1.- El Real Decreto de concesión del indulto.....	452
3.2.- Control del Real Decreto de otorgamiento del indulto.....	459
3.2.1.- Control jurisdiccional de los elementos reglados.	464
3.2.2.- La motivación del acto de concesión del indulto..	469
3.3.- La participación del Rey.....	478
4.- Naturaleza jurídica del acto de otorgamiento de indulto.....	482
4.1.- El indulto: ¿acto administrativo o acto político?.....	482
4.2.- El indulto como acto graciable.....	491
Capítulo X · Una nueva regulación del indulto.....	501
1.- La Ley de indulto de 1870.....	501
2.- Una propuesta para la regulación del indulto:	
la <i>ley orgánica reguladora del ejercicio del derecho de gracia</i>	515
2.1.- Mantenimiento de los elementos esenciales del indulto....	517
2.2.- Naturaleza normativa de la ley reguladora: ley orgánica ..	518
2.3.- La potestad para otorgar el indulto:	
Sala especial de <i>gracia</i> del Tribunal Supremo.....	520
2.4.- La determinación de un procedimiento:	
trámite de ejecución de sentencia.....	527
2.5.- La determinación de los elementos reglados.....	530
2.6.- Exigencia de motivación del indulto.....	535
2.7.- Participación del Rey	
y refrendo del Presidente del Gobierno.....	536

2.8.- Consideraciones finales.....	538
Capítulo XI · Conclusiones.....	541
Bibliografía.....	563
Abreviaturas.....	587



CAPITULO I

INTRODUCCIÓN: OBJETO, MÉTODO Y FUENTES

1.- Objeto

El *derecho de gracia* se reconoce en la Constitución de 1978, como una función del Rey, en su art. 62 i). Se trata de una institución que, en apariencia, resulta difícilmente conciliable con los principios básicos del Estado de Derecho. La posibilidad de que la pena impuesta en sentencia firme desde la recta aplicación de la ley penal deje de ejecutarse, presenta rasgos, cuanto menos, atípicos desde un esquema fundado en el imperio de la ley y en el cumplimiento de las resoluciones judiciales.

Doctrinalmente, la cuestión sobre la pervivencia del *derecho de gracia* ha sido tratada desde diferentes enfoques, tanto desde la perspectiva penal como la constitucional. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional han estudiado el *derecho de gracia* con amplitud, siempre entendido desde la admisibilidad constitucional del mismo.

No obstante, la justificación de la constitucionalidad del indulto, al cual restringimos nuestro estudio como manifestación del *derecho de gracia*, ha partido normalmente de una indubitada validez constitucional, por la circunstancia de estar constitucionalizada. El indulto resulta admisible constitucionalmente, porque la Constitución así lo dispone.

Sin embargo, el *derecho de gracia* no puede, desde su lacónica mención en la Constitución, conformarse como institución indubitada respecto a algunos de sus elementos, pues no constan expresados. Y sólo desde la afirmación como función regia, de “*Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales*”, no cabe extraer ni el concepto, ni la naturaleza, ni los elementos que conforman la institución, ni asumirse de plano la vigente regulación de la misma en una ley que ya ha cumplido 145 años de historia.

Se plantea así el objeto de estudio en la determinación del significado del *derecho de gracia*, y su manifestación como indulto particular, para, a su vista, conocer las disfunciones que éste supone con los demás principios constitucionales, tanto respecto a su núcleo esencial, como respecto a la actual regulación del indulto. Unas disfunciones que operarán por propia voluntad del constituyente, si éstas se producen por la naturaleza de la institución graciable y otras que se pueden producir por la regulación del indulto por parte del legislador ordinario, que pueden llevar a predicar la inconstitucionalidad de tal regulación legal.

El planteamiento seguido ha partido de una premisa: no dar por supuesto ningún elemento relativo a la *gracia*, ni siquiera su concepto y significado. Así, la constatación de la existencia del perdón en el ámbito del poder se ha advertido como constante en todas las sociedades organizadas desde el principio de los tiempos, por lo que la *gracia*, entendida como perdón, se manifiesta como inherente al propio poder de castigar.

La consolidación de un concepto del *derecho de gracia* en la historia, ha dado como resultado su aceptación en los estados constitucionales, y, en particular, en nuestro modelo constitucional. Partiendo de ese concepto

de *gracia* entendida como perdón, el primer objetivo será determinar si la Constitución debía establecer *el derecho de gracia* como una previsión del constituyente, esto es, si su constitucionalización era un requisito para su admisibilidad. A tal efecto, deberá advertirse cuál es la trascendencia de la *gracia* respecto a otros preceptos y principios constitucionales, que determinen la exigencia de rango constitucional para su reconocimiento.

En segundo lugar, y en la medida que el *derecho de gracia* se afirma como función del Rey en la Constitución, habrá que determinar el alcance de tal función, previo el análisis de la posición del Rey en nuestra monarquía parlamentaria. Una vez determinada ésta, se procederá a estudiar cómo se debe regular el *derecho de gracia* en la ley que el constituyente previó para su configuración. A estos efectos, la categoría normativa de esa ley, queda determinada por el concepto de reserva de ley, por lo que hay que valorar si los contenidos materiales de la ley tienen afección en materias reservadas a ley orgánica.

Ello conduce al análisis de los derechos fundamentales de la Sección I, Capítulo II, Título I de la Constitución, que pudieran verse afectados por el ejercicio del *derecho de gracia*. Y si esa afección existe, y si alcanza al contenido esencial de esos derechos fundamentales, para poder concluir sobre la necesidad de regulación del indulto mediante ley orgánica.

Por otra parte, advertida la indefinición constitucional sobre la *gracia*, se deberán establecer cuáles son los elementos esenciales que configuran la naturaleza de la institución graciable, que implícitamente habría tomado en consideración del constituyente al constitucionalizar el indulto. Junto a ellos, los elementos que explícitamente determina el constituyente como esenciales al indulto que constitucionaliza: función del rey y prohibición

de indultos generales. Todo ello para conseguir la definición cierta de la institución de la *gracia* desde la previa delimitación de la manifestación de ésta que prohíbe la Constitución –el indulto general–, para que, desde ella, se puedan identificar los elementos que determinan su prohibición, que conformarán unos límites precisos que no podrá compartir el indulto constitucional.

La distinción entre elementos esenciales e inherentes a la naturaleza del *derecho de gracia*, y aquellos que no lo son y que resultan de la voluntad del legislador, permitirá distinguir entre las afecciones constitucionales que están implícitamente constitucionalizadas, de las que se producen en su configuración legal. El estudio de los principios constitucionales en los cuales incide el ejercicio del *derecho de gracia*, lleva a determinar las afecciones constitucionales que causa la naturaleza constitucionalizada del indulto, y aquellas otras que no son la consecuencia de su naturaleza, sino de su regulación legal.

La regulación del indulto en la Ley de 1870, configura la atribución de la decisión material de conceder o denegar el indulto en el Gobierno. Los contenidos de tal decisión, su naturaleza jurídica, los requisitos que debe cumplir, condicionan la adecuación constitucional de la misma. Es dicha ley la que se irroga la capacidad de establecer cuál es el poder que tiene la potestad para resolver sobre el indulto, afectando a las funciones que la Constitución expresamente ha dispuesto a favor del Poder Judicial. Y, en su consecuencia puede ser una ley la que corrija tal disfunción.

Se propone, en definitiva, una nueva regulación del indulto. Que pueda conciliar la institución con los principios constitucionales y con el reparto competencial de los poderes del Estado. Un indulto constitucional.

2.- Método

Atendida la materia que es objeto de estudio, el método utilizado es el de la investigación jurídica. Tal metodología, parte del análisis previo de la cuestión a plantear, su contenido, naturaleza e implicaciones. Desde tal conocimiento, se presenta la problemática que la cuestión plantea en el conjunto normativo, para advertir, de ella, lo susceptible de resolverse a través de las diferentes soluciones posibles. El estudio de soluciones va a permitir establecer las más adecuadas respecto a las posibles, para, de ellas, alcanzar la solución concreta.

Esta sistemática, propia del método científico, tiene su particularidad en el ámbito jurídico, dado que el objeto del estudio es la norma jurídica, y debe ser analizada desde los parámetros de la interpretación del derecho, a partir de los principios del art. 3.1 del Código Civil *“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”*.

En la misión de identificación del objeto de estudio, se ha efectuado una labor de determinación del concepto de *derecho de gracia* a partir de su propia literalidad en la Constitución, y en la medida que ésta no permite su completo entendimiento como institución jurídica, se ha tenido que recurrir al contexto político, histórico y jurídico y desarrollo normativo, a fin de conseguir una delimitación precisa de su alcance y significado, la cual es el punto de partida para la concreción de la problemática jurídica que el *derecho de gracia* plantea en el modelo constitucional.

Para abordar la problemática que plantea el *derecho de gracia*, resulta un paso previo concretar si dicha problemática existe, por lo que para ello se han identificado los contenidos constitucionales sobre los cuales tiene el *derecho de gracia* una afección, y cuál es el alcance de la misma. En tal misión, ha sido necesario acudir a la doctrina científica que, más allá del significado de los contenidos, delimita las implicaciones de éstos, de igual manera que se ha recurrido a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en tanto fuente referencial, y a la del Tribunal Constitucional, en cuanto al valor de sus resoluciones como parámetro interpretativo exigible, y fuente cualificada para la interpretación de los preceptos constitucionales.

Identificada la problemática, que radica fundamentalmente en la afección del *derecho de gracia* en los contenidos constitucionales, se ha procedido a determinar cuáles de esas afecciones forman parte de la naturaleza de la institución, y por tanto resultan admisibles en el modelo constitucional –por lo que su identificación conduce a conclusiones descriptivas pero no se configuran como problemática susceptible de resolución–, respecto a aquellas otras que determinan una afección constitucional no atribuible a la voluntad del constituyente, y por tanto, determinantes del problema y condicionantes de las posibles soluciones. Para ello, ha sido necesario acudir nuevamente a la doctrina científica y a la jurisprudencia, a efecto de considerar lo esencial respecto a lo prescindible, de determinar aquello que conforma lo inherente al *derecho de gracia* –cuya omisión llevaría a desnaturalizarlo–, respecto a lo que resulta determinismo u oportunidad del legislador.

La problemática jurídica aboca a la solución jurídica, materializada en la propuesta *lege ferenda* de nueva regulación respecto a los elementos que son causa de la distorsión jurídica. Los límites que se imponen para una

solución correcta, son los determinados por la Constitución y el núcleo esencial de la institución de la *gracia*, tanto en sus aspectos restrictivos, como en los ámbitos susceptibles de regulación material. Desde ellos, se ha formulado la solución jurídica, desde los principios constitucionales cuya afección se pretende evitar, a través de una nueva regulación que pueda conciliar la naturaleza constitucionalizada del *derecho de gracia* con los restantes contenidos constitucionales.

3.- Fuentes

Las fuentes utilizadas han sido básicamente tres: los textos legales, los estudios científicos escritos y la jurisprudencia.

Los textos legales utilizados han podido ser consultados a través de los diferentes recursos disponibles: las bases de datos jurídicas y la consulta directa bien a través códigos y recopilaciones normativas, bien mediante los recursos disponibles en las páginas web oficiales –BOE–, y servidores de legislación. Las normas de derecho histórico han sido consultadas a través de ejemplares existentes en fondos bibliográficos, y también en sus formatos digitalizados por diferentes instituciones, disponibles a través de internet.

Los recursos científicos se han obtenido de los artículos doctrinales de las diferentes revistas jurídicas de mayor relevancia, y respecto a autores de contrastada posición en la doctrina, mediante consulta directa, tanto en formato escrito, como en medios digitalizados de acceso a través de la red. Igualmente, manuales generales y especializados sobre derecho, en

particular de Derecho Constitucional, Penal, Administrativo y Filosofía del Derecho. La amplitud de opciones que ofrece la tecnología global, ha permitido contrastar diferentes autores y épocas, para considerar cuales son las aportaciones científicas más relevantes en la materia estudiada, cuyo ámbito de enfoque ha sido, necesariamente, multidisciplinar, ya que el derecho de *gracia* tiene influencia en múltiples ámbitos del derecho.

Por último, la jurisprudencia ha sido una fuente fundamental para esta investigación por cuanto la interpretación del Tribunal Constitucional, en particular los contenidos constitucionales, tiene su carta de naturaleza en la propia Constitución. Igualmente, la doctrina del Tribunal Supremo ha sido estudiada y referenciada, a efecto de establecer las pautas de la resolución de los tribunales en la gran mayoría de los aspectos que son objeto de tratamiento y análisis en este estudio. Su consulta ha sido, en general, accesible a través de bases de datos de jurisprudencia y por su publicación por parte de los propios órganos en sus páginas web, tanto del Tribunal Constitucional, como del Tribunal Supremo (CGPJ).

CAPÍTULO II

APROXIMACIÓN AL CONCEPTO

1.- El concepto de gracia

En el *derecho de gracia* en nuestro ordenamiento vigente, se integran dos conceptos diferentes: la amnistía y el indulto. En ambos casos implica el perdón, bien mediante un acto del Ejecutivo (indulto) bien mediante un acto del Legislativo (amnistía). Pero la *gracia*, como concepto, no se agota en estas dos figuras jurídicas -que son la materialización del *derecho de gracia* en un sistema jurídico concreto-, sino que tiene un significado autónomo y cambiante, según el momento histórico y el ordenamiento estatal en el cual se utilice. El perdón es así una de las posibles manifestaciones de la *gracia*, pero no la única.

La *gracia* no se agota en el perdón aunque sea ésta la acepción jurídica que se acoge en el texto constitucional y la comúnmente aceptada en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. La extensión del concepto implica unos actos emanados exclusivamente del señorío de la voluntad -una característica propia y exclusiva respecto a los demás actos de los poderes públicos que advierte del peculiar encaje de la *gracia* dentro del sistema constitucional- y que constituye su elemento identificador y diferenciador.

La *gracia*, conceptualmente, tiene un contenido complejo: se refiere tanto al beneficio concedido a un determinado individuo o colectivo, como al acto de liberalidad de su otorgamiento, y adjetiva al titular del derecho a concederla. Lo *graciable* como declaración de voluntad no condicionada, emanada del sujeto legitimado para ello. La *gracia* es tanto una decisión –cualificando a ésta–, como el beneficio que se obtiene de ella.

Así de entre los significados de la palabra *gracia* del Diccionario de la Real Academia Española¹ cabe destacar que la *gracia* es definida como “3. Don o favor que se hace sin merecimiento particular concesión gratuita”; “6. Benevolencia y amistad de alguien”; “10. Perdón o indulto de pena que concede el poder competente”. En esencia, la *gracia* se define desde los parámetros de la libre voluntad de quien la concede, como benevolencia, favor, don o perdón.

Tales significados, implican la existencia de dos sujetos, uno, concedente, y otro, beneficiario. El concedente dispone de libertad plena a los efectos de conceder la *gracia* –en tanto supone una decisión no condicionada por pautas previas de otorgamiento–. En este sentido, la *gracia* es un acto materialmente ajeno a parámetros previos que condicionen su concesión. Pero el concedente no solo dispone de libertad para conceder o denegar la *gracia* sino también ostenta la plenitud de facultades para tal decisión sin sometimiento a voluntades ajenas a la propia del titular, pues caso contrario, se trataría de un acto dependiente de un poder superior que debería autorizar su ejercicio. El sujeto activo de la *gracia* tiene, por lo tanto, el poder para otorgar el beneficio y la plena capacidad de decisión para ello, sin condicionantes. El otro sujeto, el beneficiario de la *gracia*,

¹ Edición 22ª, publicada en 2001, que es la que se utiliza en las diferentes citas a la RAE en este trabajo

carece de todo derecho para hacer exigible dicha concesión, que queda al albur de la voluntad del concedente.

La situación advierte de la absoluta asimetría entre los sujetos activo y pasivo de la *gracia*. Por una parte, el concedente como supremo poder decisorio en orden a su concesión, o su denegación. Por otra parte, el destinatario, imposibilitado para exigir la *gracia* o para impugnar su denegación por cuanto ésta no se sujeta a parámetros diferentes a la libre voluntad del concedente. El ejercicio de la *gracia* requiere por ello de un plano de superioridad respecto a una posición de inferioridad, en la medida de que uno dispone de algo de lo que el otro no dispone, y su voluntad es el único elemento que va a determinar la concesión. El presupuesto de la *gracia* es una *“relación desigual en la que quien la dispensa no está sujeto, por razón de una superioridad incontestable, a más límites que los impuestos por su propia magnanimidad, en cuyo ejercicio no pueden ver sus eventuales beneficiarios el objeto de un derecho, sino la benévola confirmación de una esperanza”*².

Además, atendido el concepto de *gracia* como benevolencia, favor, don o perdón, se debe partir de que su ejercicio implica una concesión no ordenada en norma o pauta previa, la génesis de un beneficio que no corresponde con el estatus inicial en el que se encuentra su beneficiario. En un modelo normativo la *gracia* implica excepcionar la aplicación de la consecuencia prevista en norma previa, alterar el efecto ordenado, según la previsión preestablecida, a un determinado hecho o conducta, o la concesión de un determinado beneficio sin la sujeción a criterios reglados

² Requejo Pagés, J.L., “Apuntes para una interpretación constitucionalmente conforme de la prerrogativa de gracia”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, Asamblea Regional de Murcia y Universidad de Murcia, 2003, pág. 90

por la norma. La *gracia* sitúa al concedente en una posición superior no solo respecto a su beneficiario, sino también respecto a la norma o a la previsión admitida sobre los efectos de un actuar, pues su decisión altera tal previsión, y ostenta facultades para poder alterarla.

La *gracia*, por tanto, requiere de dos sujetos: concedente y beneficiario; un elemento material: el objeto de la concesión, que está a disposición del concedente; y un elemento volitivo: la determinación del concedente para otorgar el beneficio de la *gracia*. La relación entre concedente y beneficiario es de desigualdad, en tanto el primero tiene el poder para la concesión y el segundo no dispone de tal poder. Y la disposición por la cual el concedente otorga el beneficio no está condicionada ni sometida a criterios ajenos a su libre voluntad, sin premisas de orden material que determinen su decisión.

La estrecha relación entre poder y religión, determinó desde los albores de la humanidad, el significado de la *gracia* en las diferentes creencias. De forma especial, en las religiones judía y cristiana, que dotaron de un contenido al concepto de *gracia*, y a sus diferentes acepciones, y que ha perdurado en el tiempo. Y una de dichas acepciones de origen religioso, la *gracia* como perdón, pasó a identificar el *derecho de gracia* como “derecho a otorgar el perdón”, institución existente desde la antigüedad con diferentes denominaciones pero con idéntico significado: la *clemencia* como perdón, desplazando otros contenidos del término *gracia*. Así, la *gracia* como concepto genérico, equivalente a favor gratuito, englobaría todo acto libérrimo y no condicionado realizado por el titular del poder para otorgarlo; Y el *derecho de gracia* como una de las especialidades de la *gracia*, identificado como perdón.

El diccionario de la Lengua Española determina el origen etimológico de la palabra *gracia* del latín *gratia* –traducido como favor, simpatía, estima- proveniente de *gratus* –querido, agradable- con raíz indoeuropea *gwere* –elogiar, dar la bienvenida-, emparentado al sánscrito *grnati* –elogiar, anunciar-, el lituano *giriū* –elogiar, celebrar- y el avéstico *gar* –elogiar³-. El vocablo latino *gratia* se relaciona tanto con el significado “favor” como con el término “alabanza”. *Gracia* como la honra por el reconocimiento de un favor, que designa a la vez la fuente del don en el que lo da y el efecto del don en el que recibe. Igualmente éste entronca con el griego *kharis*⁴, traducido en latín como *gratia*⁵.

En las religiones judía y cristiana son innumerables las referencias al término *gracia*, traducida en hebreo como *hen* o *hesed*⁶. La *gracia* tiene como titular único a Dios. La *gracia* de Dios consiste en dar algo a cambio de nada (*gratia* latina y *kharis* griega). En la teología cristiana la *gracia* divina es un favor o don gratuito concedido por Dios a los hombres, y es unilateral e inmerecido. La *gracia* es favor, auxilio gratuito de Dios⁷. Si el

³ Segura Munguía, S., “Nuevo diccionario etimológico Latín-Español y de las voces derivadas”, 4ª edición, Universidad de Deusto, Bilbao, 2013

⁴ “El griego *kharis*, designa en primer lugar la seducción que irradia la belleza, luego la irradiación más interior de la bondad, finalmente los dones que manifiestan esta generosidad”, León-Dufour, J., “Vocabulario de teología bíblica”, voz *Gracia*, (edición original “Vocabulaire de théologie biblique”, Paris, Editions du Cerf, 1962), edición española, Ed. Herder, 2001

⁵ En Romanos 4, 4-5, San Pablo dice “4:4 *Ahora bien, al que trabaja, el salario no se le cuenta como favor sino como deuda; 4:5 más al que no trabaja, pero cree en aquel que justifica al impío, su fe se le cuenta por justicia*”. La palabra traducida como “favor” es *kharis* en el texto original, con el significado de la *Gratia* latina, como algo que se recibe sin ganarse, como un regalo inmerecido. León-Dufour, J., “Vocabulario de teología bíblica” *ob. cit.*

⁶ “El hebreo *hen* designa en primer lugar el favor, la benevolencia gratuita de un personaje de alta posición, y luego la manifestación concreta de este favor, demostrado por el que da y hace gracia, recogido por el que recibe y halla gracia, y, por fin, el encanto que atrae las miradas y se granjea el favor”, León-Dufour, J., “Vocabulario de teología bíblica”, *ob. cit.*

⁷ El catecismo de la Iglesia Católica ofrece esta definición de la Gracia: “1996. *La gracia es el favor, el auxilio gratuito que Dios nos da para responder a su llamada: llegar a ser hijos de Dios (cf Jn 1, 12-18), hijos adoptivos (cf Rm 8, 14-17), partícipes de la naturaleza divina (cf 2 P 1, 3-4), de la vida eterna (cf Jn 17, 3). (...) 1999. La gracia de Cristo es el don gratuito que Dios nos hace de su vida infundida por el Espíritu*

favor obtenido fuese merecido, no estaríamos ante la *gracia* de Dios sino ante la justa recompensa o reconocimiento divino al recto actuar del hombre.

El sentido de benevolencia que implica la *gracia*, determina su utilidad para caracterizar a un Dios magnánimo, que beneficia gratuitamente al hombre. La benevolencia divina, no obstante no es un don sobrenatural inalcanzable para los hombres sino por el contrario se admite como una cualidad también humana, como atributo que acerca al hombre a su Dios benevolente. La *gracia* entendida como don gratuito, concedido por un Dios misericordioso, que tiene el poder de beneficiar al hombre y, cuando le otorga su *gracia*, manifiesta expresamente tal posición de poder.

En la Carta a los Romanos 1, 5-7, dice San Pablo: *“11:5 Y de la misma manera, también ha quedado en el tiempo presente un remanente conforme a la elección de la gracia de Dios. 11:6 Pero si es por gracia, ya no es a base de obras, de otra manera la gracia ya no es gracia. Y si por obras, ya no es gracia; de otra manera la obra ya no es obra. 11:7 Entonces ¿qué? Aquello que Israel busca no lo ha alcanzado, pero los que fueron escogidos lo alcanzaron y los demás fueron endurecidos”*. La *gracia* no es una contraprestación a las obras, y no se puede ganar. En su Carta a los Efesios, 2, 8-9, San Pablo dice: *“Porque por gracia habéis sido salvados por medio de la fe, y esto no de vosotros, sino que es don de Dios; 2:9 no por obras, para que nadie se gloríe”*. La *gracia* no responde al merecimiento del beneficiado por ella, sino al trato misericordioso sin

Santo en nuestra alma para sanarla del pecado y santificarla: es la gracia santificante o divinizadora, recibida en el Bautismo. Es en nosotros la fuente de la obra de santificación (cf Jn 4, 14; 7, 38-39): «Por tanto, el que está en Cristo es una nueva creación; pasó lo viejo, todo es nuevo. Y todo proviene de Dios, que nos reconcilió consigo por Cristo» (2 Co 5, 17-18)” Juan Pablo II, Catecismo de la Iglesia Católica, voz “Gracia”, Librería Editrice Vaticana, Ed. USCCB Pub., febrero, 2001

referencia alguna a los méritos de éste: “*La gracia es amor infinito que se expresa por medio de bondad infinita*”⁸.

En la teología cristiana –para Schmitt la raíz de la teología política como explicación de la ciencia política y jurídica⁹- la *gracia* no es expresión de justicia, sino de poder. Con la *gracia* se excluye la idea de justicia, que se sustituye por la magnanimidad, por la misericordia del poderoso -bien el “todopoderoso” como divinidad, bien como detentador terrenal del poder- respecto al necesitado del beneficio. Es dar algo sin merecimiento, sin referencia a lo justo o lo injusto de tal entrega o beneficio.

Y con el transcurso de los tiempos, las distintas manifestaciones de la *gracia* siguen sin someterse a criterios de justicia, aunque se evolucionó hacia la consideración de las circunstancias del beneficiado, a efecto del otorgamiento de la *gracia*. Solo en el momento en el que el Estado de Derecho determina el imperio de la ley al cual deben someterse todos los poderes públicos, aparece la justicia como la justificación de las medidas de *gracia* del poder del Estado (justicia material).

2.- La gracia como perdón

Una de las manifestaciones de la *gracia* es la potestad de perdonar. Como derecho, reside en quien ostenta la titularidad de tal facultad, de forma que el *derecho de gracia* es un atributo de quien puede perdonar, el cual

⁸ Sperry Chafer L., “Teología Sistemática”, Zondervan Publishing, Ed. Clie, 2010, pág. 211

⁹ Sobre la visión de Schmitt respecto a la teología política *vid.* Schmitt, C., “Teología Política”, *Estudios Políticos*. Trad. Conde, F.J., Ed. Doncel, 1ª edición, Madrid, 1975

solo se puede predicar del concedente, pues no existe un derecho a ser perdonado para el sujeto pasivo de la *gracia*, esto es, para quien solicita el perdón.

Perdonar es manifestación del mismo poder que, de modo correlativo e inverso, faculta para el castigo. El titular del derecho a perdonar es el mismo que quien tiene la facultad de castigar. El castigo y el perdón son dos potestades que se deben integrar en una única titularidad, ya que, en caso contrario, si un poder castigase y otro poder perdonase quedaría sin efecto la facultad de castigar, pues deslegitimaría el poder del que castiga. La unidad de poderes en un único titular, desde lo más remoto, permitía que no supusiese problema alguno el ejercicio de las potestades del castigo y el perdón. Quien ostentaba el *ius puniendi*, era la misma autoridad que ostentaba el *ius non puniendi*. Se planteaba así el perdón como un acto de poder del superior que, en la medida que se consolida el concepto de soberanía, se manifiesta como expresión de tal soberanía como poder del Estado.

Desde el plano de la *gracia*, la simplicidad del esquema de ejercicio del poder del Estado en el absolutismo –en su dimensión como perdón– se torna más complejo con la aparición del modelo de Estado liberal. Los postulados de imperio de la ley y sometimiento de todos los poderes del Estado a ésta, va a condicionar la posibilidad de que el propio Estado se excepcione en la determinación de la norma penal, en su vertiente como castigo. Igualmente, el principio de división de poderes impedirá que lo que, históricamente, fue manifestación del poder único de castigar y de perdonar, se pueda residenciar en un único poder. La norma que crea el legislativo, estableciendo el tipo penal y su castigo, es aplicada por el judicial determinando la sanción por un hecho concreto a una persona

determinada. Y, sin embargo, otro poder, el Ejecutivo, excepciona tanto la previsión de la ley que castiga, como la función judicial ejercitada al imponer el castigo.

Los problemas igualmente se plantean, desde el plano conceptual, con la atribución de la titularidad de soberanía a entes abstractos –nación, pueblo- que no ejercen, de forma directa, las funciones soberanas, ya que la *gracia* no es sino una manifestación de voluntad determinada a la concesión del perdón, a favor de una persona o colectivo identificado o identificable, respecto a un castigo prefijado por la norma. El titular de la soberanía, que históricamente adoptaba la decisión de perdonar desde su libérrimo criterio, ya no puede manifestar su decisión sobre el perdón cuando tal soberanía se residencia en el pueblo o la nación. El poder de perdonar ya no es correlativo al de castigar, salvo desde los argumentos esencialmente espiritualistas.

La excepción del principio de imperio de la ley y de división de poderes, requería de una justificación suficiente y a la misma altura que el valor de los principios que eran excepcionados, apareciendo la justicia y la equidad como fundamento de la excepción. Y la declaración de voluntad manifestada por quien no era el verdadero titular de la soberanía del Estado, igualmente exigía de una excusa a tal fin, dada la importancia de las facultades que se irrogaba: la materialización de la justicia y de la equidad.

Pero la construcción ideal que soportaba tal justificación se advierte manifiestamente insuficiente ya que se fundamenta en unos conceptos intangibles y no objetivos, pues justicia y equidad no son términos absolutos sino que tienen una naturaleza radicalmente subjetiva. Serán

las razones de Estado –conveniencia social - las que, en último término, se esgriman para poder justificar tanto la alteración del valor de la ley y el esquema de división de poderes, como la atribución de la facultad de perdonar a favor de quien tiene la potestad de adoptar las decisiones superiores del Estado, residenciándose en el poder que ostenta la dirección política de éste.

El binomio *gracia* y poder, no siempre ha estado acompañado del otro binomio, *gracia* y justicia. El segundo es propio de la justificación de la *gracia* cuando ésta dejó de estar en el señorío de la voluntad del titular del poder. El ejercicio del poder no está sujeto a justificación cuando del mismo no se debe responder ante nadie. Tal ejercicio, no obstante, pasa a requerir de la aceptación del pueblo cuando éste ostenta capacidad para mediatizar la titularidad del poder.

Cuanto mayor influencia tiene el pueblo en las decisiones del poder, y por tanto más importante es la dependencia del poder respecto a sus súbditos, mayor es la exigencia de una justificación sobre la concesión de la *gracia*. La monarquía absoluta necesitó de una motivación de sus actos de perdón, para residenciar en la justicia la razón de la excepción a la ley, que se hizo mucho más necesaria cuando la soberanía dejó de ostentarla el Rey. La realización de estos actos de justicia, convertían al soberano no sólo en poderoso, sino también en justo. La arbitrariedad progresivamente, deja de tener cabida dentro un sistema fundado en la responsabilidad por los actos realizados, pues el poder es fiduciario de la voluntad del pueblo.

La *gracia* desde los principios de la historia ha hecho referencia a todo acto libérrimo de poder, emanado del señorío de la voluntad del titular

del poder. La acepción de la *gracia* como perdón también comulga con tales características. Sin embargo, en la medida que la madurez de los Estados fue dejando atrás el poder omnímodo del Rey, que declinó en pro del mismo pueblo, se fueron restringiendo los actos exentos de todo control, hasta limitarse a la manifestación aceptada de la *gracia* como perdón, en tanto es materialización de la justicia, de naturaleza superior al valor de ley en el Estado.

La relación entre perdón y justicia, no es, por el contrario, una novedad justificativa del ejercicio de la *gracia* en el Estado moderno. Es la *gracia* en términos teológicos la liberación del mal, y supone el cumplimiento de una necesidad –por mediación divina- para la alcanzar la corrección del actuar no adecuado. Para San Agustín “*solo por la gracia de Dios son librados los hombres del mal y sin la cual no hacen absolutamente ningún bien*”¹⁰.

La *gracia* se relaciona con el pecado, pues sólo con ella cabe perdonar, sin que el perdón sea un acto de justicia, pues la justicia se predica de la potestad de perdonar de Dios, y no del merecimiento del pecador “*La gracia de Dios hacia los pecadores se ve en el hecho de que Él mismo, por medio de la expiación de Cristo pagó toda la pena por el pecado, por lo cual puede perdonar con justicia el pecado sin tener en consideración el mérito o demérito del pecador. El pecador no es perdonado porque Dios sea misericordioso para excusar sus pecados, sino porque hay redención mediante la sangre de Cristo (Romanos 3, 24; Efesios 1, 7). La gracia de Dios se revela al proporcionar una expiación por la cual puede al mismo*

¹⁰ San Agustín de Hipona, “Tratados sobre la Gracia I: Escritos filosóficos”, *San Agustín. Obras completas*, Tomo IX, Capánaga, V., Biblioteca de Autores Cristianos, 2ª edición, febrero 2007, pág. 123

*tiempo justificar a los impíos (Juan 3, 16) y reivindicar su ley santa e inmutable*¹¹.

El perdón por ejercicio de la *gracia* tiene su constatación en la historia religiosa en el más conocido de los indultos jamás concedidos: el que benefició a Barrabás en perjuicio de Jesús. En Mateo 27, 15-26¹², pone de manifiesto el instituto de la *abolitio*¹³ en el Derecho romano, sobre un prisionero no condenado, pues se le permitía su liberación por decisión del Gobernador –Pilatos–, tras someter a los acusadores la posibilidad de que se retirase la acusación, con abolición de la misma. El resultado de la consulta al pueblo judío determinó ser el fundamento de la Religión Cristiana.

Como antes apuntábamos, si el perdón se ha ejercido en civilizaciones y épocas diversas, durante etapas absolutistas se intentó hacer ver en el

¹¹ Sperry Chafer L., “Teología Sistemática”, *ob. cit.*

¹² “Por la Fiesta acostumbraba el gobernador a soltar un preso, el que la multitud quisiera. Tenía entonces un preso famoso, Jesús Barrabás. Cuando se congregó la gente, les preguntó Pilato: -¿A quién queréis que os suelte, a Jesús Barrabás o a Jesús a quien llaman el Mesías? Porque sabía que se lo habían entregado por envidia. Mientras estaba sentado en el tribunal, su mujer le mandó recado: -Deja en paz a ese justo, que esta noche he sufrido mucho en sueños por causa suya. A pesar de todo, los sumos sacerdotes y los senadores convencieron a las multitudes de que pidieran a Barrabás y muriese Jesús. El gobernador tomó la palabra: -¿A cuál de los dos queréis que os suelte? Contestaron ellos: -A Barrabás. Pilato les preguntó: -y qué hago con Jesús, a quien llaman el Mesías? Contestaron todos: -¡Que lo crucifiquen!. Pilato repuso: -Pero ¿qué ha hecho de malo? Ellos gritaban más y más. -¡Que lo crucifiquen! Al ver Pilato que todo era inútil y que, al contrario, se estaba formando un tumulto, pidió agua y se lavó las manos cara a la gente, diciendo: -Soy inocente de esta sangre. ¡Allá vosotros! El pueblo entero contestó: -¡Nosotros y nuestros hijos respondemos de su sangre! Entonces les soltó a Barrabás; y a Jesús, después de mandarlo azotar, lo entregó para que lo crucificaran”

¹³ A diferencia de la *Indulgentia* que solo podía otorgarla el Emperador, el Senado o altos funcionarios, y solo respecto a condenas firmes, la *Abolitio* permitía a autoridades “menores” la decisión de liberar a un procesado si se retiraba la acusación formulada contra éste, causando la abolición de la acusación. En el supuesto de los Evangelios, el Gobernador Pilatos sometió al pueblo judío –que ejercía el peso de la acusación contra Jesús- la posibilidad de retirar la acusación contra éste o contra Barrabás sometiendo al pueblo la decisión –en ficción de una *provocatio ad populum*-. Waldstein, W., “El derecho de Gracia en Roma. Abolitio-Indulgentia-venia”, Alcalá de Henares, 2000. *Cit.* en Mentxaka, R., “Los requisitos para acceder a las Magistraturas locales con base en los escritos de los juristas clásicos”, *Veleia*, núm. 28, 2011, pág. 16

indulto un acto de justicia superior a la ley, que ejercita una *gracia* que presupone, en cierta manera, un don que proviene de Dios. Aunque en principio perdonar era un acto reservado exclusivamente a Dios (Marcos 2,7), a través del Espíritu Santo, Jesús concede esta *gracia* los apóstoles: “A quienes perdonéis los pecados, les quedarán perdonados” (Juan 20, 23). Es decir, un poder divino ejercido por los seres humanos. No es de extrañar, por tanto, que ciertos Reyes absolutistas vieran en el ejercicio del indulto una manifestación de una *gracia* divina.

La existencia de la falta, y el perdón que a esta se le otorga, va unida al concepto de indulgencia. El perdón que manifiesta la *gracia*, está más cerca a la idea teológica de indulgencia que a la del propio perdón. La indulgencia se conforma como la remisión de la pena de pecado, pero no la desaparición del pecado. Con la indulgencia el pecado permanece pero se exime de la pena que implica el pecado cometido. Este concepto es el más próximo al de la *gracia* en su manifestación como indulto ya que éste se manifiesta como la remisión de la pena –la inexecución de la pena por extinción de la responsabilidad penal- respecto a un delito que se ha cometido y por el cual ha existido condena en sentencia firme.

La indulgencia, en la religión católica, ha sido una concesión que los supremos mandatarios de la Iglesia han podido –y pueden- otorgar de forma discrecional. Con ella, la pena –penitencia- correspondiente por el pecado cometido, es remitida a cambio de una determinada conducta en la vida –normalmente por la realización de actos de expiación, de culto en determinadas fechas, peregrinaciones a lugares determinados, o, bien, simplemente, mediante una contribución económica-.

El Tribunal Supremo¹⁴ considera que esa naturaleza del indulto, como indulgencia, era propia de los tiempos del poder absoluto –en el imperio romano y durante el absolutismo- anteriores al Estado de Derecho. La *gracia* –en su manifestación como indulto-, antes del advenimiento del Estado constitucional, tenía una identidad conceptual con la *indulgentia principis*¹⁵. Esta *indulgentia principis* podía ser *generalis* o *specialis*, y operaba sobre la condena, tenía un destinatario concreto, era acordada por el príncipe, no tenía eficacia retroactiva y no perjudicaba el derecho de terceros¹⁶. La *specialis* recaía sobre la pena de una persona, y tiene su correlativo en el actual indulto particular; la *generalis* recaía a favor de más personas, identificándose con el indulto general.

La indulgencia como una clemencia soberana reafirmaba la posición del soberano como el dispensador de una justicia sustancialmente superior, sometida al vínculo de la jurisdicción y fue acogida en el Fuero Juzgo y en las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio, con el término de *indulgentia*

¹⁴ Sentencia Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 12 de febrero de 2013 : “*existe una diferencia sustancial entre la prerrogativa de gracia aceptada en el Estado constitucional con la indulgentia principis propia de la Roma imperial o de las Monarquías absolutas, cuyo ejercicio y extensión no respondía a más voluntad que la de su titular (...)*”

¹⁵ “*En el Estado imperial, Augusto se reservó para sí mismo el poder de la clemencia que ejerció, en un principio, solo “raramente” y con el concurso del Senado. Tal poder devino en pleno y absoluto, y encontró su máxima expresión a través del instituto de la indulgentia principis y de la abolitio generalis publica. La indulgentia principis podía ser especial o general. La primera, de carácter particular, correspondía sustancialmente al actual instituto de la Gracia; la segunda, de carácter general, se aproximaba al actual Indulto. La abolitio generalis publica se aproximaba al instituto de la amnistía*”, Pomanti, P., “*I provvedimenti di clemenza: amnistia, indulto e grazia*”, Giuffrè Editore, 2008, pág. 55. Trad. libre. Nótese que las instituciones italianas de la clemencia (*Clemenza*) difieren de las españolas, pues la gracia en Italia –identificada en el texto con la *indulgentia principis specialis*- se correspondería con nuestro indulto particular, mientras que el indulto en Italia –identificado en el texto con la *indulgentia principis generalis*- se corresponde con el indulto general (prohibido en el art. 62.i de la Constitución 1978).

¹⁶ Majorana, G., “*La prerrogativa del potere di grazia*”, *Forum costituzionale*, 28 octubre 2012, pág. 19. Trad. libre

*principis*¹⁷. No obstante, y con el paso tiempo, la utilización del término indulgencia quedó circunscrito al ámbito de lo estrictamente religioso y llevó a la creación de un completo sistema de remisión de los pecados, de conformidad con los méritos que se adquirirían a favor de la Iglesia (*V. gr.*, las indulgencias plenarias por asistencia a determinados lugares de culto en fechas concretas).

3.- El derecho de gracia y la clemencia

El *derecho de gracia*, siguiendo la dicción del art. 62.i) CE¹⁸, o bien la prerrogativa de *gracia*, según la del art. 87.3 CE¹⁹ o la del art. 102.3 CE²⁰, es una de las manifestaciones de lo graciable, otorgado por quien ostenta el poder para concederlo, a favor de otro a quién le beneficia. El *derecho de gracia* es, siguiendo la Exposición de Motivos de la Ley de indulto de 1870, perdón²¹, como término identificador de la naturaleza de la institución. Más concretamente, el *derecho de gracia* es expresión de

¹⁷ Cuello Calón, E., "Derecho Penal" (Tomo I, Vol. 2), Ed. Bosch S.A., 18ª edición, Barcelona, 1981, págs. 770. *Cit.* en Zúñiga Urbina, F., "Amnistía ante la jurisprudencia (derechos humanos como límite al ejercicio de la soberanía)" *Revista de Derecho Político*, núm. 42, 1997, pág. 376

¹⁸ Art. 62, Constitución Española: "Corresponde al Rey: i) Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales"

¹⁹ Art. 87, Constitución Española: "3. Una ley orgánica regulará las formas de ejercicio y requisitos de la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley. En todo caso se exigirán no menos de 500.000 firmas acreditadas. No procederá dicha iniciativa en materias propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia"

²⁰ Art. 102, Constitución Española: "3. La prerrogativa real de gracia no será aplicable a ninguno de los supuestos del presente artículo"

²¹ Ley de 18 de junio de 1870, de Reglas para el ejercicio de la gracia de indulto, publicada en la Gaceta de 24 de junio de 1870. Exposición de Motivos: "Es altamente necesario que el indulto, aun en los casos en que más justificado sea, no quebrante el prestigio de que deben gozar siempre los Tribunales, y sin el cual se haría imposible su misión social. Por esto, al Tribunal sentenciador habrá de encargarse la aplicación de la gracia, a fin de que el delincuente reciba, de la misma mano que le impuso la pena, el beneficio del perdón que se le otorgue"

clemencia de quien ostenta el poder, que se materializa en tal perdón. Y el *derecho de gracia* necesitará, como correlativo, la previa comisión de un hecho punible, que determina la imposición de un castigo, susceptible de ser perdonado²².

La identificación entre *derecho de gracia* y clemencia, es la asumida por la doctrina constitucional. Linde Paniagua nomina la institución de la *gracia* como la clemencia²³ –y cuyas manifestaciones, en nuestro Estado constitucional, son la amnistía y el indulto-. Igualmente, Aguado Renedo considera amnistía e indulto como las instituciones de la clemencia²⁴. Para Bueno Ochoa, el término *gracia* resulta ser más adecuado para la tradición jurídica española, frente a su sinónimo clemencia²⁵, que es el término utilizado en el ordenamiento italiano²⁶. Ambos términos –tanto

²² “La gracia implica la existencia de un castigo y, asimismo, la de la autoridad. La gracia queda configurada como la secuencia última de un proceso –de un engranaje– en el que se han admitido y se han dado por válidas, como presupuesto, en un buen número de condiciones, que atienden no sólo a la justificación de la autoridad, ya sea para imponer, ya para perdonar castigos, sino también a la justificación del castigo mismo que, por mor de la acción de la autoridad política –poder ejecutivo–, es susceptible de quedar sin efecto” Bueno Ochoa, L., “Elogio y refutación del indulto: estudio sobre la gracia del indulto y su regulación en el ordenamiento jurídico español”, Volumen 1, *Colección Derecho*, Ediciones Fiec, 2007, pág. 22. Cit. en Herrero Bernabé, I., ““El Derecho de Gracia: Indultos”, Tesis Doctoral, UNED, Madrid, 2012, pág. 119

²³ “Como ha sido puesto de manifiesto, de modo reiterado, la clemencia en sus manifestaciones actuales podría calificarse como residuo del poder absoluto subsistente en el Estado constitucional. Tan es así que en un régimen democrático emergente, no tributario del pasado, sería difícil pensar que se consagrara un poder de esa naturaleza en el Estado” 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 del Ministerio de Justicia*, año III, núm. 1823, 15 de junio 1988, pág. 7

²⁴ “para terminar esta breve introducción sobre el estado de la gracia en el ordenamiento español, ha de repararse en que, siendo el Estado español actual uno de los más descentralizados de Europa, la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en nada afecta en principio a la cuestión de las instituciones de clemencia” Aguado Renedo, C., “La clemencia vinculada por el Derecho”, *Revista de Derecho Político*, núm. 74, 2009, pág. 341

²⁵ “La “gracia” y “clemencia” son, ciertamente, sinónimos, pero es preferible emplear el vocablo gracia, ya que es el que cuenta con más raigambre en nuestro ordenamiento jurídico”. Bueno Ochoa, L. “Elogio y refutación del indulto estudio sobre la gracia del indulto y su regulación en el ordenamiento jurídico español”” *ob. cit.* pág. 22. Cit. en Herrero Bernabé, I., ““El Derecho de Gracia: Indultos”, *ob. cit.* pág. 119

²⁶ La *Clemenza* determina el concepto general (como la *gracia* en el ordenamiento español), y sus especies son la *Grazia* (nuestro indulto particular) la *amnistía* y el *Indulto* (nuestro indulto general)

la clemencia como la *gracia*- se utilizan indistintamente para designar el concepto genérico que incluye amnistía e indulto.

La clemencia, es utilizando las palabras de Villar García, *“Otra virtud, grande como la justicia, idéntica en el origen y distinta en sus resultados, que la auxilia y completa atajando en su carrera a la mentira y a la duda mostrándose superior. Esta es la clemencia, que domina en la sociedad, cuando la espada de la justicia dirige sus filos guiada por la mano del error, que va a inmolar en sus aras una víctima innecesaria; o cuando la ejecución del castigo humano envolvería una odiosa tiranía”*²⁷.

La clemencia determina a un superior a mitigar el castigo a un inferior, y requiere la existencia de unos presupuestos: existencia de un poder; posición de superioridad de quien detenta tal poder respecto al inferior quien no lo detenta; imposición de una pena o castigo por determinada conducta o hechos cometidos por el inferior donde el superior ostenta el poder de disposición sobre la ejecución de la pena; y la decisión del superior de mitigar o perdonar el castigo.

El origen de la clemencia como virtud anudada a un poder superior se puede situar en Séneca, en su tratado *De Clementia*: *“Clemencia es la templanza del poder vindicativo o la lenidad del superior al fijar la pena contra el inferior. Será más seguro explicarla en diversas formas, no sea que una definición única no abarque bien la materia, y por decirlo así, nos falle la fórmula. Así, pues, se puede decir que la inclinación del alma hacia la lenidad, al exigir el castigo, eso es la clemencia. Tal definición incurrirá*

²⁷ Villar García, M., *“Discurso sobre la conveniencia civil y política del indulto, como regalía de la Corona”* Imprenta de Nira y Ducazcal, Madrid, 1852. Cit. en Herrero Bernabé, I. *“El Derecho de Gracia: Indultos”* ob. cit., pág. 115

en contradicciones, aunque se acerca a la verdad. Si decimos que la clemencia es la moderación en rebajar algo la pena merecida y debida, se protestará diciendo que ninguna virtud da a nadie menos de lo debido. Ahora bien, todos entienden que la clemencia se doblaba hacia abajo en lo que se podría fijar con razón”²⁸.

Siguiendo a Elorduy²⁹, Séneca, siendo preceptor de Nerón, y deseoso de orientar a su alumno imperial hacia una política humana y justa, sin la dureza de la rigidez de la ley pero sin la impunidad a que se prestaba la amnistía y la misericordia indiscriminada con los malhechores, escoge el ideal de clemencia. Pero no será hasta Santo Tomás cuando la clemencia adquiriera un valor propio vinculado a la moral cristiana como virtud del hombre y atributo de Dios³⁰, y con un significado diferenciado de la virtud de la templanza, como síntesis de justicia y misericordia.

El origen teológico de la clemencia, ya fue puesto de manifiesto por Carl Schmitt: *“La soberanía y uno de sus atributos, la clemencia, tienen una raíz teológica, constitutiva de lo que Schmitt denominó la teología política que explica las categorías de la ciencia política y de las ciencias del derecho como proceso de secularización de viejas categorías teológicas”*. Para

²⁸ *“La clemencia es «superior» a las leyes en ese sentido, porque incluso en el caso de que las circunstancias sean tales que la ley no pueda proteger al inocente, debido a la subversión de valores que hace ver las virtudes como defectos, la clemencia es capaz de aminorar los efectos de tal situación (I, 2, 1); porque, asimismo, puede suavizar el excesivo rigor del juez cuando percibe la posibilidad de que alguien recupere su inocencia. Y sólo el soberano absoluto tiene capacidad para intervenir en ambos casos, puesto que al juez únicamente le afecta de modo directo el segundo. La aplicación de la ley, bajo la guía de la clemencia, está marcada por la moderación (I 2, 2), aunque en caso de desequilibrio, expresado por plus aequo, hay que inclinarse en el sentido de la comprensión”, Séneca, L.A., “De clementia” (“Sobre la Clemencia”), 11. 3. II. Trad. Codoñer, C. A., Ed. Tecnos, 1988, pág. 12*

²⁹ Elorduy, E., SJ, “Clemente Romano y la virtud de la clemencia. La clemencia de Cristo en el hijo pródigo”, *Anejos de Gerión*, núm. II, Universidad Complutense, Madrid, 1989, pág. 268

³⁰ *“La clemencia es virtud humana. A Dios se le atribuye en grado eminencial. A Cristo hombre y Dios se le atribuye formalmente”, Santo Tomás (II-II, 159). Cit. en Elorduy, E., “Clemente Romano y la virtud de la clemencia. La clemencia de Cristo en el hijo pródigo”, ob. cit., pág. 267*

Schmitt: “*Todos los conceptos sobresalientes de la moderna teoría del Estado son conceptos teológicos secularizados*”. Tierno Galván describe a los supuestos *scotistas* (Duns Scot) en la doctrina de la soberanía de Bodin³¹.

Así, la clemencia se ha identificado como atributo del poder, bien es su sentido teológico³², bien como cualidad del soberano en el ejercicio del poder, en relación con sus súbditos. El valor religioso de la clemencia, ha determinado su influencia en el modelo de poder en toda la historia, pues no es dudoso afirmar que la configuración del poder devenía de su origen trascendental, otorgado por Dios o atributo de la personalidad divina del Rey, propios de la soberanía regia.

Temistio, senador de Constantinopla en el 355 d.C. y *Praefectus urbis* bajo el poder Teodosio en el 384 d.C., desarrolló su tratado sobre teoría política en sus dieciocho panegíricos imperiales, donde reflejó el origen divino del poder monárquico³³. El Rey se concibe como imagen de Dios, cuya dignidad no debe rendir cuentas más que a éste. Tal naturaleza

³¹ Schmitt, C., “Teología Política”, *Estudios Políticos*. Trad. Conde, F. J., Ed. Doncel, 1ª edición, Madrid, 1975, págs. 35-93 y Tierno Galván, E., “Los supuestos Scotistas en la Teoría Política de Juan Bodin”, *Escritos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1971. *Cit.* en Zúñiga Urbina, F., “Amnistía ante la jurisprudencia (derechos humanos como límite al ejercicio de la soberanía)”, *ob. cit.*, pág. 373

³² “Según Santo Tomás, la clemencia es virtud humana. A Dios se le atribuye en grado eminencial. A Cristo hombre y Dios se le atribuye formalmente. De ahí que no es extraño que en la vulgata latina no aparezca el término clemencia o sus derivados más que unas 20 veces, cuando el número de pasajes de la misericordia y derivados se acerca al millar (...) Son excepción los hombres capaces de ser clementes. La clemencia tiene dificultades internas muy graves y enemigos externos irreconciliables. Los cristianos lo vemos en el Evangelio y lo experimentamos en la Iglesia. Cristo es el ideal insuperable de la clemencia regia, que entra en Jerusalén, como Rey de mansedumbre irreprochable, pronto al perdón (...) Tomás de Aquino aborda el tema de la templanza en relación con la continencia fundamentalmente en tres obras. En primer lugar, en *Super Sent.*, lib. 3 d. 33 q. 3 a. 2, en los artículos dedicados a las partes de la templanza: continencia, clemencia y modestia” Elorduy, E., S.J., “Clemente Romano y la virtud de la clemencia. La clemencia de Cristo en el hijo pródigo”, *ob. cit.* pág. 267 y 268

³³ Ritoré Ponce, J., “La clemencia del monarca y la insuficiencia de la ley en la antigüedad tardía: el testimonio de Temistio”, *Habis*, núm. 33, 2002, págs. 509 y 510

sitúa al monarca por encima de las leyes: el monarca, como la norma suprema es, en sí, ley viviente. Tal postulado no es sino una remisión a lo argumentado por Platón y Aristóteles³⁴, vinculado por la elaboración aristotélica de equidad que manifiesta Temisto como “Rey humanitario” que atempera el rigor de la ley escrita. La crítica de la ley positiva –con remisión a la tesis de Platón en *El Político*- sitúa al príncipe humanitario como remedio a la ley escrita, por ser ésta inepta para la exactitud. Y la labor correctora del príncipe se concreta en la aplicación sistemática de la clemencia, por medio de la conmutación de penas. “*Como el amo que aplaca con caricias la ira de un perro de noble raza*”, es la comparación del actuar del Rey respecto a la ley. El soberano está en disposición de anular el fallo de los tribunales de justicia pues “*Teodosio anula sin remordimientos el fallo de un tribunal no menos inexorable*”.

El Derecho romano clásico, atribuía al Rey la suprema jurisdicción e imperio, desde las máximas de Ulpiano de “*lo que place al príncipe tiene valor de ley*” y “*El Príncipe está desligado de las leyes*”³⁵. La recepción del Derecho romano justiniano, interpretado por los comentaristas en los Siglos XIII y XIV, potenció el poder de los Reyes en el reino, con una progresiva descristianización de la clásica teoría del teocratismo político de Santo Tomás³⁶ -que presidió la Alta Edad Media-, favoreciendo que el

³⁴ “En la Retórica se analiza la limitación de la ley escrita a la hora de tipificar los delitos y en relación con ello, “lo equitativo” entendido como una deficiencia de la ley positiva, se define como “lo justo más allá de la ley escrita”. Según Aristóteles, que sigue en este punto a Platón, la ley no puede definir lo particular a causa de su infinitud. De ahí que haya que mirar “no la ley sino al legislador”, y “no la letra sino la intención del legislador”. El ejercicio de la equidad, que se encomienda a un árbitro frente al juez que se atiene exclusivamente a la ley” Ritoré Ponce, J., “La clemencia del monarca y la insuficiencia de la ley en la antigüedad tardía: el testimonio de Temistio”, *ob. cit.* pág. 513

³⁵ “*Quid principi placuit, legis habet vigorem*” y “*Princeps legibus solutus est*”. Trad. Pérez Calvo, A., “El Estado Constitucional Español” Ed. Reus, 2014, págs. 35 y 36

³⁶ “La teología cristiana solo puede ser comprendida a partir del principio cosmológico de la *ordinatio ad unum*, es decir, de la idea según la cual toda la naturaleza –según un principio macrocósmico– deriva de un Dios creador y soberano, primer motor y garante del movimiento de las esferas. Este principio tiene su

Rey se independizase del Papa, de los otros Reyes, y de su propio pueblo construyendo el concepto de soberanía, y la titularidad única y propia de ésta a favor del Rey³⁷.

La posición del monarca por encima de las leyes va a ser una constante en la historia, hasta el ocaso de la monarquía absoluta y advenimiento del Estado liberal de Derecho. El poder del monarca no tiene límites, ya que deviene de Dios. El monarca es la ley, en sí mismo, por lo que nada altera al valor de la ley la modificación de ésta por parte del Rey. Y, en la administración del poder, el soberano tiene una preciosa herramienta en la clemencia para un sabio y prudente ejercicio del reinado.

Sobre la clemencia como instrumento del poder, Maquiavelo afirmaba, desde la separación entre ética y política, que el príncipe debe encontrar el equilibrio entre ser amado y temido: *“De la Crueldad y la Clemencia; y si es Mejor ser Amado que Temido, o ser Temido que Amado. Paso a las otras cualidades ya cimentadas y declaro que todos los príncipes deben desear ser tenidos por clementes y no por crueles. Y, sin embargo, deben*

*correlato, al mismo tiempo, en la ordenación microcósmica de los cuerpos (animados e inanimados) y de la naturaleza sub-lunar en su conjunto. Por cierto, como todo principio cosmológico este es también un principio político, de tal suerte que es posible sostener, como lo hacía Tomás de Aquino que “el orden existente entre seres diversos se refleja recíprocamente en el orden de todos ellos con un ser único, como el orden que hay entre las partes de un ejército se refleja en la relación de todo ejército con el general” De este modo, sostiene Tomás, tal como las abejas –en el microcosmos– tienen una reina, de igual modo, “en todo el universo se da un único Dios, creador y señor de todas las cosas” según el principio de que “toda multitud se deriva de uno”. Por la misma razón entonces, en la societas humana, “lo mejor será lo que sea dirigido por uno”. La misma idea enuncia Tomás cuando declara que las cosas del mundo humano deben estar “ordenadas unas en relación a las otras a semejanza del orden que se encuentra en el universo”. De allí entonces que todas las comunidades humanas no sean sino un reflejo, por una parte, del orden cósmico y angélico y, por otra, un fragmento complementario del conjunto constituido por la respublica generis humani, esto es, la Cristiandad dirigida por el único gobierno del Dios trino” Ludueña Romandini, F., “Poder pneumático; Reconsideración del problema teológico-político”, Revista *Pléyade*, núm. 8, julio-diciembre, 2011, págs. 155 y 156*

³⁷ García Marín, J. “La doctrina de la soberanía del monarca (1250-1700)”, *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, núm. 1, *Soberanía y Constitución*, Junta General del Principado de Asturias, 1999, págs. 4-55

cuidarse de emplear mal esta clemencia, (...) Surge de esto una cuestión: si vale más ser amado que temido, o temido que amado. Nada mejor que ser ambas cosas a la vez; pero puesto que es difícil reunir las y que siempre ha de faltar una, declaro que es más seguro ser temido que amado (...) Volviendo a la cuestión de ser amado o temido, concluyo que, como el amar depende de la voluntad de los hombres y el temer de la voluntad del príncipe, un príncipe prudente debe apoyarse en lo suyo y no en lo ajeno, pero, como he dicho, tratando siempre de evitar el odio”³⁸. El príncipe clemente y el príncipe temido, dos manifestaciones del poder que deben gestionarse con cautela, pues lo cualifica ante sus súbditos.

La clemencia se conformó así en atributo del poder, siendo éste de la titularidad exclusiva del Rey, como cualidad del soberano. En los albores de la revolución francesa, Montesquieu hacía referencia a la clemencia del príncipe, en los siguientes términos: *“La cualidad distintiva de los monarcas es la clemencia. No es tan necesaria en la República, ya que la virtud es su principio. Ni se usa apenas en los Estados despóticos, en los que reina el temor, por la necesidad de contener a los magnates con ejemplos de severidad. En las monarquías, gobernadas por el honor, éste exige a menudo lo que la ley prohíbe, por lo cual es más necesaria la clemencia. El desfavor del monarca es un equivalente al castigo; son verdaderos castigos hasta las formalidades del proceso”³⁹.*

³⁸ Maquiavelo, N., “El Príncipe”, Capítulo XVII, *De la crueldad y la clemencia* (1513). Trad. Lista. A., Ed. EDAF, Madrid, 2009, pág. 105

³⁹ *“En la monarquía son tan castigados los grandes por la pérdida de su influjo, de sus empleos, de sus gustos y costumbres, que el rigor es inútil para con ellos, todo lo más serviría para quitarles el amor a la persona del príncipe. Como en el régimen despótico es natural la inestabilidad de las grandezas, en la índole de la monarquía entra su seguridad. Los monarcas ganan tanto con la clemencia, que aprovechan las ocasiones de honrarse practicándola. Se les disputará tal vez alguna parte de su autoridad, casi nunca la autoridad entera. Y si algunas veces combaten por la Corona, por la vida no combaten. Pero se preguntará: ¿cuándo se debe castigar? ¿cuándo debe perdonarse? Es una cosa que se siente y no puede prescribirse. Por otra parte, cuando la clemencia tiene sus peligros, son visibles y notorios. Es bien fácil distinguirla de la debilidad que puede inspirar desprecio para el príncipe y hacerlo impotente para castigar.*

La causa del perdón que inspira la clemencia, puede ser benevolencia, indulgencia, justicia, o incluso la forma de celebración de un hito, pero en todo caso sitúa en un plano de superioridad desde el poder de quien ostenta la facultad, respecto a la norma o previsión que excepciona con la *gracia*: “La prerrogativa de Gracia se configura en el antiguo régimen como un instrumento paralelo al poder del soberano de suspenderla eficacia de los actos normativos y de dispensar su observancia, poderes todos ellos inherentes a su posición institucional de titular de todas las funciones públicas del Estado, que le habilitaba para intervenir con actos generales e individuales en su ejercicio”⁴⁰.

Quien tiene poder para crear la norma, tiene poder para excepcionarla, puesto que la suspensión de la eficacia de una norma o su inaplicación a un supuesto concreto no es sino un acto emanado del mismo poder que crea la norma que se excepciona.

4.- Derecho de gracia y soberanía

El otorgamiento de la *gracia* es un acto de poder (que concede un título, que perdona, que dispensa de una obligación), que solo puede dictarla el sujeto legitimado para ello, el titular del poder. Quien tiene poder para castigar, tiene poder para perdonar. Y la decisión de perdonar constituye

El emperador Mauricio decidió no verter jamás la sangre de sus súbditos. Anastasio no castigaba los crímenes. Isaac el Ángel había jurado que durante su reinado no haría matar a nadie. Los emperadores griegos habían olvidado que si ceñían espada era para algo” Montesquieu, “Del espíritu de las Leyes”, libro VI, capítulo XXI “De la clemencia del Príncipe”. Trad. García del Mazo. S., Biblioteca de Derecho y Ciencias sociales, Madrid, 1906, pág. 143

⁴⁰ Lozano Cutanda, B., “El indulto y la amnistía ante la Constitución”, *Estudios sobre la Constitución española, homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, vol. II, pág. 1049

un acto del poder, tan válido y eficaz como la norma que determina el castigo, pues ésta emana del mismo titular al que se reconoce el poder de crear normas⁴¹.

El concepto de soberanía como capacidad de poder absoluto, irresistible e incondicionado, tiene su formulación clásica en Hobbes y Bodin, y se residencia en el monarca, como identificación del Estado, no oponible por derecho alguno. Bodin la define como *“el poder absoluto y perpetuo de una república (...) La soberanía no es limitada, ni en poder, ni en responsabilidad, ni en tiempo. Este poder es absoluto y soberano, porque no está sujeto a otra condición que obedecer lo que la ley de Dios y la natural mandan (...) Si decimos que tiene poder absoluto quien no está sujeto a las leyes, no se hallará en el mundo príncipe soberano, puesto que todos los príncipes de la tierra están sujetos a las leyes de Dios y de la naturaleza y a ciertas leyes humanas comunes a todos los pueblos”*⁴².

Y una de las expresiones características de la soberanía es el ejercicio de la *gracia* que se deriva de la consideración del Rey como ley en sí mismo, lo que determina el poder de crear, modificar y extinguir la ley por su sola

⁴¹ *“En términos paradigmáticos el Barón de Montesquieu identifica el derecho de gracia (clemencia) como «el más bello atributo de su soberanía», pero debe retraerse de juzgar: «las leyes son los ojos del príncipe, que ve por ellas lo que vería sin ellas. Cuando quiere sustituirse a los tribunales, trabaja no para sí, sino para sus seductores y contra sí mismo»”, Montesquieu “Del Espíritu de las Leyes”. Trad. N. Estévanez, Editorial Porrúa, México, 1985, págs. 54-55. Cit. en Zúñiga Urbina, F., “Amnistía ante la jurisprudencia (derechos humanos como límite al ejercicio de la soberanía)”, ob. cit., pág. 374*

⁴² *“Es necesario que quienes son soberanos no estén de ningún modo sometidos al imperio de otro y puedan dar ley a los súbditos y anular o enmendar las leyes inútiles; por quien está sujeto a las leyes o a otra persona. Por esto, se dice que el príncipe está exento de la autoridad de las leyes. El propio término latino ley implica el mandato de quien tiene la soberanía (...) Puesto que el príncipe soberano está exento de las leyes de sus predecesores, mucho menos estará obligado a sus propias leyes y ordenanzas. Cabe aceptar ley de otro, pero, por naturaleza, es imposible darse ley a sí mismo, o imponerse algo que depende de la propia voluntad. Por esto, dice la ley: Nulla obligatio consistere potest, quae a voluntate promittentis statum capit, razón necesaria que muestra evidentemente que el rey no puede estar sujeto a sus leyes”* Bodin, J., *“De la Soberanía”, Los seis libros de la República*, cap. VIII (1576). Trad. Bravo Gala, P., Ed. Tecnos, 3ª edición, 1997, págs. 47 a 53

voluntad o de excepcionarla, así como de la posición del Rey como última instancia de la justicia⁴³.

La clemencia no se fundamentaba en la justicia sino en el propio poder. La *gracia* es un atributo del soberano y es ilimitada e incondicionada, por lo que otorgarla supone manifestar la soberanía sin requerimiento ni justificación alguna. Una cuestión diferente es el uso de la clemencia como medio instrumental para la cualificación del Rey respecto a sus súbditos, en orden a su consideración como soberano justo o clemente, o como mecanismo de oportunidad política, cuya última determinación corresponde al Rey como titular del poder Ejecutivo⁴⁴. La *gracia*, en el Estado absoluto, tiene dos elementos esenciales: poder y perdón.

La configuración de la *gracia* como manifestación de soberanía, hace que ésta sea posible en todo modelo de Estado, en tanto el poder es una cualidad de éste. El Estado de Derecho, igualmente fundamentado en el

⁴³ “Bajo este mismo poder de dar y anular la ley, están comprendidos todos los demás derechos y atributos de la soberanía, de modo que, hablando en propiedad, puede decirse que sólo existe este atributo de la soberanía. Todos los demás derechos están comprendidos en él: declarar la guerra o hacer la paz, conocer en última instancia de los juicios de todos los magistrados, instituir y destituir los oficiales más importantes, gravar o eximir a los súbditos con cargas y subsidios, otorgar gracias y dispensas contra el rigor de las leyes, elevar o disminuir la ley, valor o tasa de las monedas, hacer jurar a los súbditos y hombres ligios sin excepción fidelidad a quien deben juramento. Todos éstos son los verdaderos atributos de la soberanía, y están comprendidos bajo el poder de dar la ley a todos en general y a cada uno en particular ... Pero dado que el vocablo ley es demasiado general, lo más conveniente será especificar los derechos de la soberanía, comprendidos, como he dicho, bajo la ley del soberano (...) Hablemos ahora de otro atributo de la soberanía, a saber, del derecho de última instancia, el cual constituye y siempre ha constituido uno de los principales derechos de la soberanía. (...) De este atributo de la soberanía, se deriva también el poder de conceder gracia a los condenados por encima de las sentencias y contra el rigor de las leyes, por lo que se refiere a la vida, a los bienes, al honor, a la condonación del destierro. Los magistrados no tienen poder, por importantes que sean, para conceder gracia ni alterar sus propias sentencias” Bodin, J., “De la Soberanía”, *ob. cit.*, págs. 75 y ss.

⁴⁴ “Estado soberano es «Estado- poder» (Estado absolutista) de ahí la filiación precisa del principio-dogma de la soberanía, que se proyecta con resabios anclados en el principio monárquico especialmente en los institutos de clemencia o gracia: indulto y amnistía” Zúñiga Urbina, F., “Amnistía ante la jurisprudencia (derechos humanos como límite al ejercicio de la soberanía)”, *ob. cit.*, pág. 375

concepto de soberanía, convertirá la *gracia* en una potestad que dejará de residenciarse en el Rey como prerrogativa propia, para manifestarse en una función del Rey como representante del Estado. Para su ejercicio material, en un Estado de Derecho de poderes separados, se arbitrará la necesaria atribución competencial, a efecto de residenciar la potestad de su otorgamiento en alguno de los tres poderes.

Pero, en un Estado sometido al principio del imperio de la ley, la simple titularidad del poder no va a ser justificación suficiente para admitir la existencia de la *gracia*. La soberanía permite la *gracia*, pero requerirá de una justificación para alterar el carácter rector de la ley sobre todos los actos del Estado, pues el imperio de la ley no es solo sometimiento, sino una premisa básica del modelo de Estado de Derecho, donde la ley es la expresión de la voluntad del poder soberano. Y tal justificación se pasará a residenciar en la justicia como una aspiración del Estado en la creación del derecho positivo con trascendencia suficiente como para excepcionar a la norma jurídica que no alcance a satisfacer el ideal de justicia en el caso concreto.

Justicia y equidad como finalidad, son los dos elementos esenciales que se adicionan en el Estado de Derecho a una clemencia del absolutismo, manteniendo los ya identificados: el poder y el perdón. Pero si la norma jurídica es contrapuesta a la justicia para justificar la *gracia*, el criterio de determinación de lo justo y lo injusto para enjuiciar la ley aplicada al caso concreto implica la obvia subjetividad en cuanto a su apreciación, con el riesgo evidente de incurrir en arbitrariedad al ejercer la potestad

de perdonar⁴⁵. Justicia y equidad, conceptos jurídicos indeterminados, requieren de una concreción, que se sitúa en la misión aplicativa.

5.- El derecho de gracia en el Estado de Derecho

La recepción del *derecho de gracia* configurado en el absolutismo, en el Estado constitucional, determinó la necesidad de su ajuste a las nuevas premisas de ejercicio del poder y a la nueva atribución de la soberanía al pueblo-nación. Así, siguiendo a Zúñiga Urbina, *“El resabio monárquico absolutista que es la clemencia y sus institutos: indulto y amnistía, se insertan en el Estado de Derecho como una «jurisdicción retenida» (Dorado Montero) en beneficio del Jefe de Estado o Parlamento. En consecuencia, en el contexto de la democracia constitucional los institutos de clemencia deben ser penetrados por el principio democrático, por la sujeción a un principio de legalidad y teniendo como limitación los derechos humanos. La Teoría Constitucional contemporánea debe superar el error conceptual de estimar al monarca-Jefe de Estado, órgano primario (supremo), y a la judicatura, órganos secundarios (Kelsen)”*⁴⁶.

El término *derecho de gracia*, o prerrogativa de *gracia*, evidencia que la institución comparte identidad con aquella clemencia del absolutismo y

⁴⁵ *“El indulto se relaciona directamente con la equidad, como principio rector de la justicia, y con el perdón como principio ético. El indulto es expresión del Derecho de Gracia y aporta un instrumento individualizador y resocializador, aunque no se encuentra exento del riesgo de arbitrariedad. El Derecho de Gracia en España presenta gran disparidad de criterios y controversias en su aplicación. Se han elaborado algunos trabajos de tipo doctrinal, pero no han conseguido solucionar el problema, sino acentuar la disparidad”* Herrero Bernabé, I., “El Derecho de Gracia: Indultos”, *ob. cit.*, pág. 21

⁴⁶ Kelsen H., “Teoría General del Estado”, Ed. Editora Nacional, México D.F., 1965, pág. 407. *Cit.* en Zúñiga Urbina, F., “Amnistía ante la jurisprudencia (derechos humanos como límite al ejercicio de la soberanía)”, *ob. cit.*, pág. 378

se inserta en el Estado de Derecho como un concepto previo a éste⁴⁷. De ello resulta que la institución es la que exigirá un encaje en el nuevo modelo, y no una nueva conceptualización –dada al recepcionarse– por lo que, si bien los dos elementos esenciales de la *gracia* absolutista –el poder y el perdón– se mantienen incólumes, no son suficientes para que la *gracia* en el Estado de Derecho sea admisible⁴⁸, que ha exigido que la *gracia* se articule desde una nueva justificación –justicia y equidad– y el sometimiento al principio de legalidad, al principio democrático y desde la defensa de los derechos fundamentales –al desaparecer la fusión de todos los poderes en el Rey, que determinó que éste ejerciese la *gracia* como poder Judicial, Legislativo y Ejecutivo, en el absolutismo⁴⁹–.

⁴⁷ *“Las diferencias entre una concepción patrimonial de la soberanía y del Estado, que se corresponde a la alta edad media en donde se perfilan estas instituciones, y la concepción de la soberanía en el Estado contemporáneo y en particular en el Estado social y democrático de derecho, hacen referencia a sus contenidos materiales y a las formas, pero existe a lo largo de los siglos y en la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos occidentales, una identidad substancial en las instituciones que integran la clemencia. Bien es cierto que las manifestaciones de la clemencia sufrirán transformaciones notables en los últimos siglos hasta adquirir los perfiles con que las conocemos en la actualidad, pero en todo caso dichas técnicas jurídicas serán reconocibles a lo largo del proceso y constatable la tendencia a la concentración y regulación de su ejercicio. Sólo que, como ha sido puesto de manifiesto, mientras que al final del proceso de democratización del poder, que culmina en el constitucionalismo, el ejercicio del poder punitivo saldría prácticamente de la órbita del poder ejecutivo, la clemencia sigue, como antaño, en la órbita del Gobierno (o del Gobierno y del Parlamento en el caso de la amnistía)”* Linde Paniagua, E., “la clemencia (amnistía e indulto) a la luz de la jurisprudencia de los tribunales supremo y constitucional y del código penal de 1995”, *ob. cit.*, pág. 1425

⁴⁸ *“Si con el sustantivo se haría evidente la naturaleza pre-estatal de la institución –anterior a la ordenación de las relaciones de poder en clave de derechos y obligaciones–, el adjetivo que le sigue permite sospechar que el sometimiento de la Jefatura del Estado al orden constitucional no llega al punto de que sus facultades sean estrictamente las que la Constitución le reconoce o que no todas ellas se explican en términos normativos y, por ello, jurídicamente fiscalizables. La gracia sería una facultad regia anterior al Ordenamiento y libre, en el marco constitucional, de límites jurídicos, excepción hecha de los que la Constitución le imponen (...) Escasos límites para un poder que, así, puede terminar demostrándose extraordinariamente perturbador para con el Estado de Derecho y sus bases de legitimación”* Requejo Pagés, J.L., “apuntes para una interpretación constitucionalmente conforme de la prerrogativa de gracia”, *ob. cit.*, pág. 90

⁴⁹ *“El Derecho de gracia, en su manifestación de indulto particular, es un instituto esencialmente histórico que acompaña a la idea de justicia desde antes de la configuración del Estado de Derecho. Tuvo su apogeo en las monarquías absolutas en las que todos los poderes del Estado confluían en el soberano. Constituye una supervivencia de la antigua fusión de todos los poderes en el Rey, tanto el poder judicial como el legislativo, e indultaban cuando y como lo tenían por conveniente”* Herrero Bernabé, I., “El Derecho de Gracia : Indultos” *ob. cit.*, pág. 117

La posibilidad de que, en el Estado de Derecho, sea admisible el perdón de la pena impuesta en una sentencia firme resulta cuestión que viene determinada por la cualidad del poder del Estado requerido para operar tal excepción en el sistema punitivo. Si la clemencia es manifestación de la soberanía del Estado, solo una expresión de soberanía podría legitimar a la prerrogativa de *gracia*. Y, en el Estado constitucional, es el poder constituyente el que se manifiesta como expresión soberana.

De esta forma la clemencia puede coexistir con el modelo constitucional si es el constituyente el que prevé, expresamente, la existencia de ésta y el que legitima, como poder soberano, la excepción de los principios que se advierten afectados en el Estado de Derecho con la *gracia*. El valor de la *gracia* constitucionalizada es el mismo que el de los principios que ésta excepciona “*en sus manifestaciones amnistía e indulto es compatible con el constitucionalismo democrático, situándose el nivel de discrepancia en la regulación específica que dichas técnicas reciben en los diferentes ordenamientos jurídicos y la utilización de las mismas*”⁵⁰.

5.1. Justificación del indulto particular en el Estado de Derecho

El indulto particular es una manifestación del *derecho de gracia*, que junto al indulto general y la amnistía, conforman las tres formas en las que se presenta la clemencia en la tradición jurídica española. El art. 62.i) CE constitucionaliza el *derecho de gracia* como función del Rey, en

⁵⁰ Linde Paniagua, E., “la clemencia (amnistía e indulto) a la luz de la jurisprudencia de los tribunales supremo y constitucional y del código penal de 1995”, *ob. cit.*, págs. 1415

los términos siguientes: *“corresponde al Rey: i) Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales”*.

El tenor del transcrito art. 62.i) CE determina la prohibición de una de las manifestaciones históricas de la *gracia* –el indulto general-, y omite toda referencia a las otras dos (indulto particular y amnistía), pero de la prohibición se infiere la existencia de, al menos, otra especie de indulto no prohibida que, en coherencia con el acervo jurídico de la institución, es el indulto particular y de otra manifestación tradicional de la *gracia* emanada del poder Legislativo, la amnistía. Sobre ésta última, aunque no es objeto de este estudio, realizaremos una breve aproximación más adelante.

Centrada la cuestión en torno al indulto particular, se advierte que éste responde a los elementos esenciales de la clemencia en origen: poder y perdón. El indulto particular se materializa en nuestro ordenamiento en la Ley de 18 de junio de 1870, de reglas para el ejercicio de la *gracia* de indulto y cuyo efecto es la “remisión” y la “conmutación” de la pena impuesta en una sentencia firme condenatoria⁵¹, según prevé su art. 4. El Código Penal, en su art. 130.1.4º, por su parte, determina que el efecto del indulto es la extinción de la responsabilidad criminal⁵².

⁵¹ Art. 4, Ley de Indulto de 1870: *“El indulto podrá ser total o parcial.*

Será indulto total, la remisión de todas las penas a que hubiese sido condenado y que todavía no hubiese cumplido el delincuente.

Será indulto parcial la remisión de alguna o algunas de las penas impuestas, o de parte de todas las en que hubiese incurrido y no hubiese cumplido todavía el delincuente.

Se reputará también indulto parcial la conmutación de la pena o penas impuestas al delincuente en otras menos graves”.

⁵² Art. 130.1.4º, Código Penal: *“La responsabilidad criminal se extingue: por el indulto”*. Para Linde Paniagua *“El indulto parte de considerar que, con arreglo a la ley, el sentenciado había cometido un delito y que el juez había aplicado correctamente la ley. Es decir, parte el indulto de la limitación de la función de los jueces y de lo ajustado de la sentencia en relación a un sujeto, unos hechos y la ley. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo se encuentran ejemplos elocuentes de esta concepción, tanto antes*

Con el indulto particular se produce la inaplicación de la pena impuesta en sentencia firme condenatoria, de forma excepcional, alterando tanto la previsión de la norma penal, como la función jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado. Tal disfunción sobre unos principios esenciales en el Estado de Derecho, exige que su concesión deba responder a motivos igualmente excepcionales. Así la fundamentación del indulto particular, según el art. 11, de la Ley de indulto de 1870⁵³, toma referencia en los conceptos de justicia, equidad y utilidad pública. El perdón responderá a dos causas diferentes: superar la injusticia causada por imposición de la pena a un individuo concreto, o la utilidad pública que puede suponer conceder tal perdón.

El indulto por injusticia se concreta en el art. 4.3 del Código Penal, en el cual se faculta al juez o tribunal para solicitar el indulto "(...) 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

como después de la promulgación de la Constitución de 1978 ... En este sentido la interesante sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1976, dice así: «CDO 1.º, «Que el indulto, en buena técnica penal, es una institución post-sententiam, que requiere para operar, la existencia previa de una resolución condenatoria, cuya pena, total o parcialmente, se deja de cumplir por el inculcado ante razones humanitarias o de otra índole que lo justifican, mientras que la amnistía, acaba con el delito cometido y con todos sus efectos, y tanto puede ser aplicada antes como después de la sentencia, teniendo en común ambas formas de extinción de la responsabilidad criminal, establecidos en los números 3.º y 4.º, del artículo 112 del CP, el ser manifestaciones próximas, aunque distintas, del denominado Derecho de Gracia, de vieja raigambre y el actuar de manera liberatoria en cuanto a la pena». Por su parte el Tribunal Constitucional se ha expresado en esta misma línea en su Sentencia de 27 de mayo de 1987, que dice así: «La aplicación de un indulto, en rigor produce la inejecución de una pena y presupone, normalmente una Sentencia condenatoria. Aunque con una desviación excepcional y anómala, los indultos generales, que la Constitución hoy prohíbe expresamente, han presentado un dual carácter de óbices de procedibilidad, obligando al sobreseimiento libre cuando las penas pedidas están comprendidas dentro de aquéllas a las que alcanzara el indulto total o, en otro caso, como motivo de inejecución de la pena obligando a su aplicación simultánea o posterior a la Sentencia que se haya dictado o se dicte». Linde Paniagua, E. "la clemencia (amnistía e indulto) a la luz de la jurisprudencia de los tribunales supremo y constitucional y del código penal de 1995", *ob. cit.*, pág. 1422

⁵³ Art. 11, Ley de indulto de 1870: "el indulto total se otorgará a los penados tan sólo en el caso de existir a su favor razones de justicia, equidad o utilidad pública, a juicio del Tribunal sentenciador"

la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo”. La posibilidad de la ley injusta en el derecho positivo es premisa para que el indulto corrija tal injusticia, situando al indulto como una herramienta para conseguir la justicia material⁵⁴ y compatibilizarla con la justicia formal.

El indulto por utilidad pública, determina tal manifestación de la *gracia* como un acto de dirección política, anudado, por tanto, a la idea de que el indulto determinará un beneficio para los intereses públicos, que éste será útil en el ámbito público. Un perdón que se desvincula de lo justo y lo injusto de la norma penal en el caso concreto, para entrar en terrenos distantes al de la justicia. El indulto como instrumento del poder⁵⁵.

⁵⁴ “El fundamento del indulto, se encuentra en la necesidad de un instrumento, un remedio jurídico, que corrija la estricta aplicación de la ley general, adaptándola a las específicas circunstancias particulares que pueden concurrir en cada caso concreto, ya que sería de necios pensar que las leyes y jueces y magistrados que las aplican son tan perfectos que la pena impuesta es siempre justa. Dicha idea predominante no ha quedado exenta de innumerables críticas, siendo la fundamental la arbitrariedad y los excesos en su aplicación por lo que sus detractores postulan su supresión, ante los abusos en los que se ha incurrido. Pero frente a ello sus defensores propugnan, “Honeste parcas improbo, ut parcas probo”, en realidad, su correcta aplicación, de tal forma que su concesión constituya un acto de justicia” Sobremonte Martínez, J.E. “Indultos y Amnistía” Valencia, 1980, págs. 242 y ss., reseñando la memoria de la Fiscalía General del Estado -antes de la Fiscalía del Tribunal Supremo- 1886, “Es un remedio jurídico para aquellas limitaciones por las que una sentencia penal no puede obtener sus aspiraciones de justicia y equidad; Linde Paniagua, E.; Montes Luengos, J. “La pena de muerte y el derecho de indulto”, Madrid 1897, pág. 203; “hablar de justicia para conceder una gracia encierra dificultades de tipo contradictorio, primero porque cuando se está concediendo una gracia no se está haciendo justicia, porque la esfera de la gracia es algo que permanece al margen de la justicia. Y en realidad se supone siempre que la justicia cuando se tuvo en cuenta fue al establecer esas leyes penales y al condenar de acuerdo a ellas” Rodríguez Flores, M^a. I., “El Indulto Penal”, *Problemas actuales de Derecho Penal y Procesal*, núm. 84, Universidad de Salamanca, 1971. Cit. en Herrero Bernabé, I., “El Derecho de Gracia: Indultos”, *ob. cit.*, pág. 117

⁵⁵ “En cuanto a su funcionalidad política, ésta es resultado de que el campo de delitos y penas que comprende son de contenido político o bien sus motivaciones de tal índole, funcionalidad que incluso cierta doctrina y jurisprudencia ha estimado propia de los institutos; pero que nos permite situar a dichos institutos en el campo de la «justicia política». La «utilización política» de la clemencia puede hacer referencia tanto a específicos móviles del poder político que quiere revalorizarse con concesión, es decir, la clemencia en interés-propio (propio del poder político) como la clemencia en interés ajeno o en interés de la comunidad. Para algunos autores la clemencia en interés ajeno o de la comunidad debe admitirse y «sólo en cuanto tal debe entenderse admisible como instrumento óptimo para la adaptación del Ordenamiento a la realidad». (Linde P.) Incluso se afirma que lo que ayer fue considerado delito puede con el cambio de circunstancias-valores dominantes perder tal carácter de reproche, surgiendo en este caso el

De esta forma, *“el derecho, como expresión de una cierta idea de justicia, desborda en muchos casos la pura lógica. Sumum ius, suma iniuria, dice el viejo apotegma. Así, con el tiempo, se pudo comprobar que ciertas formas del derecho de gracia podían ser funcionales a la idea de impartir justicia en un Estado de derecho, siempre que su objetivo consistiera en no desviarse de la ley que fundamentaba la sentencia, sino, por el contrario, en aplicarla de forma más adecuada a su auténtica finalidad y sentido”*⁵⁶, por lo que el *derecho de gracia* pasaría a conformarse como institución llamada a perfeccionar el Estado de Derecho, siempre que se funde en el derecho positivo⁵⁷. La rectificación, la opción del perdón, la posibilidad de reparar, lejos de configurarse como acto de un pasado histórico donde imperaba el Rey absoluto, responde a una *“concepción pluralista y abierta de la sociedad, alejada de cualesquiera pensamiento único o unificador, contraria a la creencia de que las leyes puedan sintetizar la verdad o la justicia”*⁵⁸.

peligro de utilizar los institutos de clemencia con fines demagógicos de poder frente a delitos que han perdido su valor social. En este cuadro incluso los críticos de los institutos de clemencia, los admiten como instrumentos políticos pacificadores o reajustadores (Bentham), cuando no existiendo motivos suficientes para modificar el ordenamiento penal se atempera a nuevas circunstancias o se adapta a nuevas políticas criminales o penitenciarias. Además, junto a la utilización política de los institutos de clemencia se admiten como instrumentos de justicia; como es evitar el cumplimiento de cierta pena, corregir un «error judicial» o bien simplemente ocultar un sistema penitenciario deficiente” Zagrebelsky, G., “Amnistía, indulto e gracia. Profili costituzionali”, Milano, 1974, págs. 11 y ss. Cit. en Zúñiga Urbina, F., “Amnistía ante la jurisprudencia (derechos humanos como límite al ejercicio de la soberanía)”, *ob. cit.*, pág. 379

⁵⁶ De Carreras, continúa indicando que *“Las razones para otorgar el derecho de gracia son, entre otras, adecuar las penas a nuevas exigencias sociales, matizar el excesivo rigor derivado del carácter abstracto de la ley, poner remedio a la injusticia que suponen ciertas situaciones del penado (por ejemplo, sufrir enfermedades terminales cumpliendo condena), corregir errores judiciales y reparar los perjuicios causados por las dilaciones indebidas del juez o por defectos del sistema carcelario”*, De Carreras, F., “El indulto en nuestro Estado de derecho”, Diario El País, 12 diciembre 2000

⁵⁷ *“Así lo expresaba Ihering, al considerar que el derecho de gracia podía ser “una válvula de seguridad del derecho, corrección de la generalidad del ius strictum frente a las exigencias de la equidad”, alegando que “se presentan a veces ciertas circunstancias en las cuales es más útil perdonar que castigar, más acertado olvidar que perseguir o, simplemente, templar las asperezas de la ley”* De Carreras, F., “El indulto en nuestro Estado de derecho”, *ob. cit.*

⁵⁸ De Carreras, F. “El indulto en nuestro Estado de derecho”, *ob. cit.*

El indulto, por ello, tiene su encaje en el Estado de Derecho, pese a los riesgos de arbitrariedad que puede suponer someter la excepción de la ejecución de una pena –y el valor de la norma jurídica- a la voluntad de quien tiene la potestad para acordarlo. El *derecho de gracia* permite la individualización de la norma al caso concreto adaptando, a través de su ejercicio, *“las penas excesivamente rigurosas para el condenado, a las circunstancias personales del reo, facilitando su resocialización y reinserción social, lográndose a través de una justicia “extralegal” o metajurídica, la atemperación de la injusticia real que supone la estricta aplicación del derecho positivo. Con esta institución se pretende corregir o evitar, en nombre de una justicia extralegal, y hasta superior a la Ley, en nombre de una “justicia humana” las injusticias reales que de la estricta y rigurosa aplicación de las disposiciones del derecho pueden provenir. Ya se sabe que “non omne quod, licet, honestum est” (el indulto) es capaz de reajustar el ordenamiento a la configuración de la realidad cuando el cambio operado no deba motivar la modificación del ordenamiento, sino su nueva reinterpretación. Puede ser también preludio o preparación de la reforma, porque en otro caso la clemencia se estaría utilizando como instrumento de simulación y evitación de la reforma del ordenamiento jurídico”*⁵⁹.

El indulto se configura como la corrección del derecho para alcanzar la justicia al supuesto concreto. Pero también es, como lo fue antaño, un instrumento de poder. En nuestro modelo de *gracia*, acuñado por la ley de 1870, el ejercicio material del indulto –entendido como potestad que determina el contenido del acto que formalmente se exterioriza con la

⁵⁹ Sobremonte Martínez, J.E., “actos de justicia contra la justicia –o, de injusticia contra la injusticia–”, 1980, pág. 13. *Cit.* en Herrero Bernabé, I., “El Derecho de Gracia: Indultos”, *ob. cit.*, pág. 118

participación del Rey- corresponde al poder Ejecutivo ⁶⁰. En el ejercicio de tal facultad, el Gobierno interviene en un acto que es competencia del poder Judicial –pues el indulto supone la inejecución de la condena establecida en sentencia firme, así como la inaplicación de la pena que prevé la ley penal para una conducta típica-, y lo hace atendiendo a los criterios de justicia, equidad y utilidad pública que establece la ley de indulto de 1870.

Por otra parte, la participación del Rey en el ejercicio del indulto, está expresamente ordenada por el art. 62.i) CE, pero no como reminiscencia histórica como antiguo titular de la prerrogativa de *gracia* en el Estado absoluto, sino en su condición de Jefe del Estado, representando con su ejercicio a la voluntad del Estado en un acto expresión de soberanía⁶¹.

5.2.- Crítica y refutación de la *gracia*

Siendo un poder público el que concede la *gracia* aparecerán los primeros reparos en cuanto a su admisibilidad en el Estado de Derecho. El imperio de la ley y el sometimiento de los poderes públicos a ésta, solo tienen

⁶⁰ “La Ley de 1870 supone un determinado modelo de Indulto que sin duda puede discutirse pero que tiene una considerable solidez avalada por más de un siglo de permanencia en convivencia con toda suerte de regímenes políticos y jurídicos. En dicho modelo el indulto es un instrumento del Gobierno pero un instrumento sometido a límites que se deducen expresa o implícitamente de la Ley de 1870 o del Código Penal. De modo que aunque resulta evidente que corresponde al Gobierno tomar la decisión final de la procedencia o no de conceder el indulto, esta decisión, como se ha señalado recientemente, está sujeta al control parlamentario”. Linde Paniagua, E., “la clemencia (amnistía e indulto) a la luz de la jurisprudencia de los tribunales supremo y constitucional y del código penal de 1995”, *ob. cit.*, pág. 1422

⁶¹ “El derecho de *gracia*, corresponde, dentro de la distribución de competencias entre los organismos estatales, directamente al Jefe del Estado en su condición de personificador de la soberanía nacional, o si se quiere en su cualidad de titular del poder moderador” Bueno Arus, F., “Notas sobre el Decreto de Indulto de 25 de noviembre de 1975”, REP núms. 212-215, enero-diciembre, Madrid, 1976, págs. 27 y ss.

efecto en cuanto a la habilitación normativa para atribuir la titularidad de la *gracia* y sobre el procedimiento para que ésta pueda ser ejercida, pero no existe límite normativo en la facultad de decisión por lo que el otorgamiento del indulto materialmente, no resulta objeto de fiscalización por los órganos jurisdiccionales.

Asimismo, la evidente desigualdad jurídica que se produce al conceder la *gracia* a unos sujetos y no a otros, ante situaciones idénticas, pone en duda que la *gracia* pueda coexistir con el principio de igualdad sin afectarlo. La atribución de titularidad de la *gracia* a un determinado poder del Estado facultándole para suspender la eficacia de las normas jurídicas –pues la *gracia* se ejerce sobre las consecuencias jurídicas de la norma- quiebra el principio de separación de poderes, el de seguridad jurídica y el de certeza del ordenamiento.

Plantea así la *gracia* el problema de si sería necesaria en el Estado de Derecho, advertidas disfunciones que ésta provoca respecto a muchos de los principios fundamentales de nuestro sistema constitucional. Es una evidencia que las penas son necesarias dentro del sistema punitivo del Estado, pero tal necesidad, en casos particulares y concretos, ofrece excepciones que no pueden ser contempladas por la ley, pues resultaría un imposible una norma penal que recogiese todas las contingencias en su aplicación. Tales excepciones hacen que la norma penal no responda a las exigencias de justicia material en el supuesto concreto, por lo que la justicia, como principio que inspira al ordenamiento, debe prevalecer ante las disfunciones de la ley que causan la injusticia material. Y es el indulto el instrumento ordenado a tal finalidad⁶².

⁶² Taparelli, L., “Ensayo teórico de derecho natural apoyado en los hechos”, Tomo II. Trad. Ortí, J.M., Madrid, 1869, pág. 55

Bentham, detractor de la existencia del *derecho de gracia*, redujo las razones contrarias a éste derecho a la siguiente: “*Si la pena es necesaria, no se debe perdonar; si no es necesaria, no debe pronunciarse*”⁶³. La utilización del indulto no es adecuada si se pretende con él la reforma de la ley por la vía de hecho, sustituyendo la misión del legislador en cuanto a su función de adecuación de la ley a la justicia⁶⁴.

Otros muchos autores han criticado la existencia del *derecho de gracia* en la historia del pensamiento jurídico. Así, el Marqués de Beccaria, en su “*Tratado de los Delitos y de las Penas*” lo señala: “*A medida que las penas son más dulces la clemencia y el perdón son menos necesarios. ¡Dichosa aquella nación en que fueren funestos! Esta clemencia, esta virtud, que ha sido alguna vez en un soberano el suplemento de todas las obligaciones del trono, debiera ser excluida en una perfecta legislación, donde las penas fueran menores y el método de juzgar arreglado y corriente (...) Pero considérese que la clemencia es virtud del legislador, no del ejecutor de las leyes: que debe resplandecer en el Código, no en los juicios particulares: que hacer ver a los hombres la posibilidad de perdonar los delitos, y la pena no es necesaria consecuencia suya, es fomentar el alhago de sustancias no perdonadas son más bien violencias de la fuerza*

⁶³ Bentham, J., “*Tratados de legislación civil y penal*”, Tomo III. Trad. Salas, R., Madrid, 1822, pág. 77

⁶⁴ “*El indulto no puede utilizarse como reforma, por la vía de hecho, de leyes consideradas injustas con carácter indefinido. Si las leyes no son justas, si es preciso modificarlas o derogarlas, para eso está el Parlamento. Puede servir el indulto particular para ajustar de modo provisional la legislación a la realidad cambiante o transformada, pero no estaría justificado que el Gobierno reiterara su utilización para un tipo de asunto y no afrontara la reforma de la legislación. Este proceder supondría una subversión de las funciones, que corresponden respectivamente al Gobierno y al Parlamento, de carácter inconstitucional. En tercer lugar la vía del indulto particular no puede ser utilizada masivamente de modo que se convierta de hecho en un indulto general, reprobado por la doctrina progresista española y prohibido expresamente por nuestra Constitución*”. Linde Paniagua, E. “*la clemencia (amnistía e indulto) a la luz de la jurisprudencia de los tribunales supremo y constitucional y del código penal de 1995*”, *ob. cit.*, pág. 1423

*que providencias de la Justicia*⁶⁵. Igualmente son críticos, entre otros, Kant, Feuerbach, Filangeri, de una larga relación de pensadores que, por diferentes razones, muchas comunes, rechazan la existencia –o bien la subsistencia- del *derecho de gracia*.

Tal desencuentro entre Estado de Derecho y *gracia* solo se puede llegar a entender desde la previa génesis histórica de la *gracia* respecto al nacimiento del Estado de Derecho. No es difícil advertir que el origen de la potestad de *gracia* debe buscarse extramuros al Estado de Derecho y por ello, requiere un esfuerzo jurídico adicional para poder encontrar su encaje en el modelo actual de Estado. “*El derecho de gracia es un concepto jurídico anterior a la configuración del Estado de Derecho y de la Monarquía Parlamentaria tal y como hoy en día los conocemos. Si bien la existencia del derecho de gracia es una reminiscencia histórica, que tiene su apogeo en las monarquías absolutas y en el Antiguo Régimen, es conveniente hacer un esfuerzo para ubicarlo en el seno del Estado constitucional actual y en el caso español en coherencia con los principios constitucionales de monarquía parlamentaria y el Estado de Derecho*”⁶⁶.

Pero la necesaria correlación entre *gracia*-poder permite afirmar que la existencia de la facultad de *gracia* es incluso previa a la génesis del Estado. La *gracia* es consustancial al poder y desde que éste existe –en los orígenes mismos de la existencia del hombre- existe la *gracia*. La dimensión social del hombre –ínsita en su naturaleza- determina que

⁶⁵ Beccaria, C., “Tratado de los Delitos y de las Penas” (1764), 5ª edición., Ed. Porrúa S.A., México D.F., 1992, págs. 205 y 206. *Cit.* en Zúñiga Urbina, F., “amnistía ante la jurisprudencia (derechos humanos como límite al ejercicio de la soberanía)”, *ob. cit.*, pág. 377

⁶⁶ Pérez Francesch, J.L., “El indulto como acto del Gobierno: una perspectiva constitucional (especial análisis del “caso Liaño)””, *Revista de derecho político*, núm. 53, 2002, pág. 29

toda relación humana se funde en una situación de poder. El poder del fuerte sobre el débil, dominio frente a sumisión, castigo y benevolencia.





CAPITULO III

APUNTES HISTÓRICOS

1.- Orígenes del derecho de gracia

Con la aparición, ya en el principio de los tiempos, de las colectividades organizadas, el poder es atribuido a algún miembro en cada colectivo, y se personifica e institucionaliza. De la misma forma, surgen las normas que rigen la colectividad y la obligación coercitiva de cumplirlas⁶⁷. Quien vaya a ostentar el poder de crear las normas, también tendrá la facultad de no aplicarlas, pues es esencia del poder crear la norma, modificarla y suspenderla. La *gracia*, en las primeras formas de organización política, es un atributo propio del poder concentrado.

Tal correlación entre *gracia*-poder igualmente se trasladó, ya desde los primeros tiempos, al terreno de las creencias religiosas. No es objeto de este trabajo –obviamente– el origen de la religión pero no puede obviarse la importancia de ésta en la estructura y evolución de las colectividades

⁶⁷ “Todas las comunidades tienen normas, sean consuetudinarias o escritas. Normas que tienden un puente hacia la consecución de la justicia, de «aquello que es», o que la comunidad considera que «es lo justo». Tales normas de conducta uniformes, definen modelos o «leyes», conforme al derecho que esas comunidades pretenden para sí, considerándolas formulaciones del pensamiento religioso primero, moral o filosófico después, y con un fuerte componente evolutivo de praxis social por último, a través del tiempo y del espacio. La fenomenología del carácter modificable de la justicia, y por tanto del derecho positivo, ha sido formulado en nuestra época por Stammier, pero el fenómeno en sí, naturalmente, existía antes de su formulación en todas las sociedades de la antigüedad” Alonso y Royano, F., “El derecho en el Egipto faraónico”, *Espacio, Tiempo y Forma, Serie II, Historia Antigua*, t. 11, 1998, pág. 23

y, con ello, en la justificación del poder y en la existencia de la facultad de *gracia*, inherente al poder.

La existencia de unos hechos que escapaban a la comprensión humana, requirieron de la necesidad de establecer unos poderes superiores que eran ajenos a lo humano y sirvieron como razón de toda la existencia⁶⁸ y explicación de lo desconocido, y de cuya voluntad pendían los beneficios y castigos de los cuales eran acreedores los hombres. El hombre desde sus orígenes necesitó del apoyo en fuerzas sobrenaturales.

El poder de la divinidad implicaba la posibilidad de solicitarle favores y se atribuía a su benevolencia su obtención. Este poder divino era así la justificación de todo lo bueno y lo malo que le ocurría al hombre y a su colectividad. La concesión de beneficios o el sufrimiento en lo ordinario, tenían una explicación extraordinaria, en la voluntad de la deidad. El poder institucional en la sociedad, igualmente estaba justificado en la voluntad del dios, que configura al titular del poder como intermediario entre hombres y fuerzas sobrenaturales. El jefe, como ser superior por su relación espiritual con la deidad. Las habilidades del hombre para ostentar la jefatura de la colectividad, son atribución divina y por ello, el liderazgo suponía la mayor conexión del gobernante con lo sagrado. Así surgen la moralidad (*ethos*), la virtud (*areté*) y las prohibiciones, y las verdades sagradas de la creencia religiosa se configuran como normas de sociedad.

⁶⁸ “La realidad se manifiesta, para la mentalidad arcaica, como fuerza, eficacia y duración. Por este hecho lo real por excelencia es lo sagrado; porque solo lo sagrado existe de una manera absoluta, actúa eficazmente, crea y hace durar las cosas. Los innumerables gestos de consagración –de espacios, de objetos, de hombres, etc.- traslucen la obsesión de lo real, la sed del primitivo por el ser”. Eliade, M., “El mito del eterno retorno” (Título original: “Le mythe de l’*éternel retour*. Archétypes et répétition” París, 1958). Trad. Anaya R., Ed. Emecé, 1ª edición, Buenos Aires, 2001, págs. 11 y 12

Los elementos religiosos no solo determinan la implicación de la deidad en los hechos comunes del hombre, sino que también van a conformar la estructura jurídico-normativa básica en las primeras organizaciones desarrolladas. La perfección de la norma jurídica se alcanzará por la imitación a lo sagrado -*imitatio dei*⁶⁹ y, por tal imitación, se convierte en sagrada. Existe una ley suprema, emanada de la divinidad, que debe ser trasladada por el hombre a sus normas para que éstas alcancen la perfección. De esta forma, las leyes son ejemplares e institucionalizan las conductas correctas, pues tal corrección dimana de la imitación de la norma sagrada.

La persona ejemplar es aquella que cumple con las normas, y el líder, como materialización terrenal de la conexión con lo sagrado, es fuente de toda la norma, por lo que el hombre, cumpliendo con la voluntad del gobernante, cumple con lo sagrado. El incumplimiento de la norma es el alejamiento de lo sagrado y deberá ser castigado, no solo por infringir pautas de conducta aceptadas por la sociedad, sino porque constituye el pecado que afrenta a la deidad. El castigo por la infracción es una

⁶⁹ Concepto presente en la mayoría de las religiones, desde sus orígenes. Siguiendo a Eliade, M.: *“periódicamente, el hombre religioso se hace contemporáneo de los dioses en la medida en que reactualiza el Tiempo primordial en el que se cumplieron las obras divinas. Al nivel de estas civilizaciones «primitivas» todo lo que hace el hombre tiene su modelo trans-humano; incluso fuera del Tiempo «festivo», sus gestos imitan los modelos ejemplares fijados por los dioses y los Antepasados míticos. Pero esta imitación corre peligro de hacerse cada vez más incorrecta; el modelo corre el peligro de ser desfigurado o incluso olvidado. Las reactualizaciones periódicas de los gestos divinos, las fiestas religiosas, están ahí para volver a enseñar a los hombres la sacralidad de los modelos. La reparación ritual de barcos o el cultivo ritual del ya no se parecen ya a las operaciones similares efectuadas fuera de los rituales sagrados. Son más exactas, están más próximas de los modelos divinos, y, por otra parte, son rituales: su intención es religiosa. Se hace ceremonialmente la reparación de una barca no porque tenga necesidad de ser reparada, sino porque, en la época mítica, los dioses enseñaron a los hombres cómo se reparaban las barcas. No se trata ya de una operación empírica, sino de un acto religioso, de una imitatio dei”*. Eliade, M., *“Lo sagrado y lo profano”* (Título original: *“Das Heilige und das Profane”*, 1957). Trad. Gil, L., Ed. Guadarrama Punto Omega, 4ª edición, Madrid, 1981, pág. 54

redención, en tanto vuelve a situar al infractor en el orden sagrado tras cumplir la pena impuesta por la trasgresión.

El líder, que está investido de una autoridad sagrada, puede ejercer su función como gobernante tanto por el sometimiento de los súbditos a sus decisiones –emanación de la norma- como por ser el cumplimiento de la norma el acercamiento del hombre a lo sagrado, alcanzando con él la perfección. El hombre tiene plena seguridad de que la actuación del gobernante está inspirada por la divinidad, y sitúa al líder como fuente de la norma. Ello permite dotar de indubitada certeza a sus decisiones, y el perdón es una de ellas, como un acto normativo, como su voluntad sagrada y como expresión de su clemencia, atribuida por la divinidad al gobernante, que manifiesta su justo actuar.

2.- El derecho de gracia en la Edad Antigua

La constatación de las primeras manifestaciones del *derecho de gracia* se produce con los primeros textos legales de la antigüedad. No es que no existiesen expresiones de la clemencia con anterioridad a los textos escritos –pues la *gracia* es un hecho consustancial a la existencia de un poder en la colectividad y a la obligación coercitiva de cumplir la norma, por lo que el perdón está en la naturaleza misma del poder-, sino que la norma escrita ha podido advertir, desde sus primeras manifestaciones, que la clemencia era parte de las facultades inherentes al poder.

2.1.- Derecho de gracia en Mesopotamia

En la Mesopotamia del año 3000 a.C. surgieron diferentes culturas al abrigo del modelo de “ciudad-Estado” -Sumer, Acad, Babilonia, Nínive-, un embrión de civilizaciones con estructuras complejas, en las cuales el derecho se manifestaba en sus primeras expresiones como un conjunto de normas codificadas y no sistematizadas. La aparición de la escritura será el elemento determinante que permitirá la constatación del primer derecho escrito⁷⁰.

La primera de las civilizaciones en el oriente antiguo de las que se tiene constancia, es la sumeria. Cada ciudad-Estado tenía un rey absoluto y era el representante del dios protector en la ciudad (aprox. 3000, a.C.). A la expansión y el declive de la civilización Sumeria le siguió el Imperio Acadio (2220 a.C), y las civilizaciones Babilónica y Asiria.

En sus primeros textos legales –los códigos sumerios- la relación entre gobernante y su dios explica la posición que el primero ostenta respecto a sus gobernados, el valor de la norma como un hecho intangible, indisponible –consagrado por la tradición y por su valor sobrenatural-, y el perdón -como excepción de la norma- como un atributo exclusivo del gobernante. Dichos textos, inicialmente contenían las reformas de las normas consuetudinarias tradicionales, sin carácter innovador. En el año 2000 a.C., aprox., con la invasión de Sumeria por los amorreos, la norma pasa de ser simple constatación de la costumbre para adquirir un valor general, adecuando la misma a los incipientes conceptos de justicia y

⁷⁰ Roux, G., “Mesopotamia, historia económica, política y cultural”. Trad. Bermejo Barrera, J.C., Ed. Akal, 2002, págs. 36 y ss.

equidad “*el rey, previa revelación de la divinidad, legislaba y juzgaba a fin de hacer reinar la justicia entre sus súbditos*”⁷¹.

El rey es el intérprete de la ley y responsable del ideal de justicia –era el origen divino de la norma su fundamento ético-. Éste ejerce su potestad en materias legislativa y judicial –la ley es una concesión de los dioses a través del Rey y su trasgresión era castigada como un acto contrario a la voluntad de los dioses-. El Rey se reserva como competencias propias entre otras, el ejercicio de la clemencia⁷².

Aparecerán los primeros códigos normativos que constituyen el llamado Derecho asirio-caldeo⁷³. Estos códigos son el *Ur-Nammu* (el cual recibe el nombre del Rey de la tercera Dinastía *Ur*, 2112-2095, a.C.) que es el documento normativo más antiguo que se conserva en la actualidad; el Código de *Lipit Ishtar*; el Código de la ciudad de *Eshnunna*; la serie *Ana Ittishu* y el Código de *Hammurabi*⁷⁴ (2250 a.C.). En los precitados textos

⁷¹ Lara Peinado, F., “Los primeros códigos de la humanidad”, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, pág. 19

⁷² “*La ley que los dioses habían concedido a la sociedad a través de la persona del rey, convertido de este modo en legislador máximo. La garantía divina era el fundamento de la ética, al estar la sociedad integrada en el orden cósmico, constituyendo una unidad con la naturaleza y los mismos dioses. Justicia -kittum- y rectitud -mesharum -, hijos en el mito del dios solar Shamash -juez que mantenía la ley y la justicia, que castigaba el "pecado", incluyendo la mala conducta social en su papel de tutor de la ética social y personal- (...)La ley palatina encuentra su valedor e intérprete en el rey, que además de tener la responsabilidad ideal y moral de la justicia, promulga códigos y edictos, supervisa la vida judicial, recibe apelaciones y sentencia en segunda instancia, al tiempo que se reserva algunas competencias específicas, como la clemencia (...)El principio de que todos deben honrar las obligaciones impuestas por el palacio y asumidas con los acreedores privados, o sufrir en caso contrario las consecuencias, quedaba intacto: pero bajo la garantía de la autoridad real y, al parecer, de un rito en honor a Shamash- se derogaba transitoriamente, a fin de que en adelante no significara para nadie un peso insoportable la aplicación de la ley (Pintore: 1987, 477)” G. Wagner, C., “Historia del Cercano Oriente”, Universidad de Salamanca, 1999, pág. 81 y ss.*

⁷³ Rebaza Acosta, A., “Historia General de la Cultura”, Ed. Prado, Universidad Pensilvania, 1967, pág. 230

⁷⁴ “*La verdadera importancia del código de Hammurabi viene dada por el hecho de que unificaba las anteriores legislaciones existentes, como los códigos de Ur-nammu, Lipitistar y Eshnunna, proporcionando una homogeneidad jurídica que antes no existía a todas las tierras de su imperio. Para ello había compilado y sistematizado un conjunto de preceptos jurídicos en una labor de revisión y puesta al día, que anteriormente se presentaban de forma aislada y heterogénea. En esta labor tuvo en cuenta la legislación*

legales asirios se evidencia que la norma ha sido entregada por los dioses al Rey, para que ésta se cumpla entre sus súbditos. El gobernante está legitimado por la divinidad. El Rey es el poder Legislativo y Ejecutivo. Los tribunales se someten a su ley, y, por tanto al Rey⁷⁵.

El castigo es la respuesta represiva del grupo hacia el individuo que ha trasgredido las normas. Aparece la Ley del Tali3n, la primera instituci3n en la que se individualiza de la pena, entendida como *“proporci3n entre el da1o causado y el castigo que se impone al culpable, y tiende a evitar reacciones indeterminadas por parte de los damnificados que supuso un notable avance en el sometimiento de la venganza privada o la reacci3n social a ciertos l3mites de proporcionalidad (el “ojo por ojo y diente por diente”)*⁷⁶, y que es recogido por la ley mosaica en la Biblia hebrea.

2.2.- Derecho de gracia en la Antigua India

Al igual que en la zona de Mesopotamia, el paso de las peque1as aldeas a las comunidades urbanas se produce en la Antigua India a partir del a1o 3000 a.C. Las obras m1s antiguas sobre el derecho pertenecen a la literatura v3dica, en el *Smarta-sutra*, por estar fundados en los *smirit*, que

anterior que modific3 o actualiz3 con el fin de ajustarla a las caracter3sticas de su imperio. Pero si todo ello es de un valor notable y la suya es la primera gran sistematizaci3n en la historia del derecho” G. Wagner, C., “Historia del Cercano Oriente”, *ob. cit.*, p1g. 82

⁷⁵ *“Yo soy Hammurabi, el pastor, el elegido de Enlil; soy el que amontona opulencia y prosperidad; el que provee abundantemente toda suerte de cosas para Nippur-Duranki; soy el poderoso rey que ha restaurado en su lugar a Eridu; el que ha purificado el culto del Eabzu. Soy el rey supremo, el Sol de Babilonia, el que proyecta la luz sobre el pa3s de Sumer y Akkad; el rey que se hace obedecer en las cuatro regiones del mundo; soy el favorito de Istar”* Lara Peinado, F., “C3digo Hammurabi”, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, p1g. 15

⁷⁶ Terragni, M.A., “Estudios sobre la parte general del Derecho Penal”, Universidad Nacional de Litoral, Argentina, 2000, p1g. 85

significa memoria, y lo que es objeto de ella: *“La antigua fuente del derecho fue pues lo conservado en la memoria, la tradición”*. No fue sino hasta más tarde -ante el peligro de perder estas tradiciones- cuando se convierte en escrito, gracias a influjo de los brahmanes⁷⁷.

El primer texto codificado en la Antigua India es el llamado Código de Manú (*Manava-Dharma-Sastra*), (siglo XIII o XII a.C.). Como producto de la tradición brahmánica es un conjunto de instituciones, ideas éticas y teológicas, principios de política, en el cual se incluyen normas sobre la justicia procesal y penal. Siguiendo a Corts Grau⁷⁸, el Rey está sobre todos porque fue formado por las partículas sacadas de los Dioses. Su misión es difundir y fomentar el bienestar de su pueblo, penetrarlo todo en su condición de ministro de la Divinidad y proteger con su justicia a cuantos alberga el reino; *“para ejercer rectamente la autoridad ha de ser equitativo (...) el nervio de todo régimen político-social es el castigo (...) la aplicación del castigo requiere suma equidad”*. La clemencia entendida como perdón del castigo merecido, debe administrarse con cautela, y es una potestad del Rey, por su naturaleza divina.

2.3.- Derecho de gracia en el Derecho Mosaico

El Derecho Mosaico es resultado de la evolución. Hasta principios del S. XX se consideró que Moisés fue el primer legislador, y que el conjunto de los cinco primeros libros de la Biblia –conjunto legal del Pentateuco y

⁷⁷ González Díaz Lombardo, F.X., “El pensamiento de la India en sus principios”, *Compendio de Historia del Derecho y del Estado*. Ed. Limunsa, 1997, pág.61

⁷⁸ Corts Grau, J., “Filosofía del Derecho. Introducción a la Gnoseología”, Ed. Escorial, 1941, pág. 20

denominados *Torah*⁷⁹-, eran la primera legislación de la humanidad. Los descubrimientos de los códigos sumerios y babilonios (*Ur-Nammu*, *Lipit Ishtar*, *Eshnunna*, y el Código *Hammurabi*), en el S. XX, dieron a éstos la consideración de las primeras normas jurídicas de la historia que aún se conservan.

Existen raíces comunes entre la legislación sinaítica atribuida a Moisés, y el Código de *Hammurabi* -V. gr., en la Ley del Talión⁸⁰-, sin que pueda afirmarse que una sea fuente de la otra, sino más bien que contienen conceptos jurídicos comunes a los pueblos semíticos de la antigüedad. Lo cierto es que la cuna de la tribu hebrea designada con el nombre de Abraham estaba en Caldea, seno de la civilización sumerio-babilónica, y que ésta se vinculaba estrechamente con la de Canaán e incluso con la de Egipto⁸¹.

⁷⁹ “En hebreo, la expresión *tôrâh*, quiere significar lo que la ley entraña: palabra, recomendación, instrucción. Y se ha entendido también como toda la voluntad de Dios. Al término *tôrâh*, responden a su vez tres voces como la de *mishpât*, que significa juicio (norma); *mitswâh*, mandamiento, y *jôq*, que significaba estatuto, y que involucra las leyes ceremoniales, las fiestas solemnes, leyes sobre alimentación y también otras como las de pureza, bondad, justicia y misericordia. Es preciso hacer la salvedad que estas *jôq* llamaban a la conciencia del sujeto o de Dios para establecer su regencia y obligación, en cambio, los llamados *mishpât* miraban a la intervención del juez. También se utilizan otras voces como *dâth*, para significar reglamento; *l'mrâh*, discurso; *piqqûdîm*, preceptos relacionados con el gobierno; *derek*, norma; *mitswâh*, orden, mandato; *dâbâr*, palabra, *mishpâtîm*, para significar juicio, usado como relativo a sentencia; *êdôth*, testimonios” Carrasco Jiménez, E., “Derechos humanos y régimen de garantías en la legislación mosaica”, *Revista Polis*, núm. 17, 2007, pág. 3

⁸⁰ “En la Biblia encontramos tres pasajes en que se enuncia una máxima legal que recibió el nombre de ley del talión. En su primera formulación (Ex 21,23-25) exige el castigo “vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe”. Las otras formulaciones se encuentran en Lv 24,17-20 y Dt 19,21. Desde el punto de vista de la historia de la cultura, ese principio es un avance fundamental y una de las bases de la justicia en general, pues se substituye la venganza arbitraria por una norma básicamente justa y además uniforme para todos. La ley del talión estaba en vigor entre los babilonios y el Código de Hammurabi especifica hasta el caso en que la muerte del hijo menor de una persona no se castiga en el homicida sino que se mata al hijo del homicida en compensación. Sin embargo, todos los indicios apuntan a que la ley del talión no se aplicaba al pie de la letra, sino que servía para sentar el principio jurídico universal de que un mal debe compensarse equitativamente. Así, se recurre en casi todos los casos concretos a multas y castigos proporcionales” Vegas Montaner, L., “La ley en el Antiguo Israel”, *Revista de Ciencias de las Religiones*, núm. 9, 2004, pág. 133

⁸¹ Vegas Montaner, L., “La ley en el Antiguo Israel”, *ob. cit.*, pág. 119

El conjunto legislativo de la Biblia se encuentra en el Pentateuco. En el Pentateuco la ley es la que determina la constitución interna del pueblo de Dios, que Israel vive de la *Torah*, siendo el más antiguo el Código de la Alianza (siglos IX y VIII, a.C.) formado por un conjunto de leyes de carácter jurídico que se remontan a los orígenes del pueblo, según su cotejo con otros códigos orientales. El Código Deuteronomico (siglo VII, a.C.) contiene la exposición de la ley mosaica.

Según Carrasco Jiménez⁸², el Derecho Mosaico comparte rasgos con las legislaciones modernas en aspectos como la consideración de los delitos y los tipos penales, la proporcionalidad que existía entre la gravedad del ilícito y la respuesta penal, lo cual a su vez, se encontraba graduado por el bien jurídico lesionado o puesto en peligro. Existían además medios de solución alternativa de la pena, como el perdón –absolución privada- para evitar la aplicación de lo determinado en la sanción asociada a un delito específico –que también prevenían el Código *Hammurabi* y las leyes hititas y asirias-. Igualmente, otras alternativas como el auto-destierro, en la llamada “ciudad de refugio”, para librarse de juicio y sentencia en caso de homicidios culposos. Y la figura del “vengador de la sangre” que era el pariente más próximo de la víctima, que, tras la condena al autor, podría, en último término, matar al homicida actuando como verdugo, pero también podía no hacerlo y absolverlo⁸³.

⁸² Carrasco Jiménez, E., “Derechos humanos y régimen de garantías en la legislación mosaica”, *ob. cit.*, págs. 8 y 9

⁸³ “Por ello, la disposición talional de “más si hubiere muerte, entonces pagarás vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe” quedaba en último término dejada a la potestad y consideración del afectado por el delito. Por tanto, quedaba a su arbitrio el perseguir la acción criminalmente, y aun así desistirse, ya que existía el desestimiento, cualquiera sea la forma en que se haya iniciado la persecución del delito” (...) Así, siendo deudor insolvente, y hoy esclavo, se les hacía pagar durante su vida las consecuencias del delito, más allá de toda proporción. Esta es la razón de las normas humanitarias como ya habíamos hecho referencia, y en especial, de las órdenes y directrices relativas al perdón. Así, se establecía ésta que era una verdadera institución dentro del corpus mosaico que tenía alcances penales en la persecución de los delitos, como

Se advierten también en el Derecho Mosaico instituciones de amnistía, como el “año sabático” institución por la cual se liberaba a los esclavos al séptimo año y a los deudores de sus deudas; y, en el mismo sentido, el “jubileo”⁸⁴.

En el Libro de Jeremías, Capítulo 52, Versículos 31-34, narra el suceso del indulto concedido por el Rey de Babilonia, Evil Merodac, al Rey de Judá, Joaquín, en el año 600 a.C. (aprox.), al cual tenía prisionero. No consta en la cita bíblica el motivo del indulto, pero se advierte de él que fue un Rey Babilonio el que lo concedió, por lo que no debía resultar una institución extraña al ejercicio de la función regia⁸⁵. De tal hecho se deja constancia, igualmente, en el segundo Libro de los Reyes⁸⁶, con la

forma de extinción de la responsabilidad penal del ofensor, pero aún, como forma de evitar la esclavitud, a través del perdón de la deuda. Teológicamente esto explica además, en las consignaciones neotestamentarias, que Jesús, en el padre nuestro, enseñara “perdona nuestras deudas, como nosotros perdonamos también a nuestros deudores”, ya que el perdón significaba que, ni respecto de quienes cometían delito y subyacía, por la insolvencia, responsabilidad civil, o de quienes derechamente eran deudores civilmente originarios, se renunciaba a reducir a esclavitud a otro” Carrasco Jiménez, E., “Derechos humanos y régimen de garantías en la legislación mosaica”, ob. cit., pág. 11

⁸⁴ *“El ejercicio institucionalizado del perdón en la cultura hebrea se hallaba fuertemente enraizado mucho antes del evento que ha dividido el cómputo del tiempo histórico de la civilización occidental en dos, antes y después de Cristo: estamos aludiendo a lo que hoy conocemos como años jubilaes cristianos, que tienen su origen histórico en la tradición israelita de que cada cincuenta años se declaraba uno de «Yubileo» (el nombre proviene de que el comienzo de tan señalado año era anunciado mediante el toque de trompeta denominado «Yobel»), en el cual se condonaban las deudas, los bienes volvían a sus antiguos propietarios, los esclavos eran liberados y se dejaba descansar la tierra; la razón de que fuera así era la concepción de que todos los bienes eran dádivas de Dios y volvían a Él simbólicamente de este modo” Aguado Renedo, C., “Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 21, núm. 63, septiembre-diciembre, 2001, pág. 26*

⁸⁵ *“31 El trigésimo séptimo año de la deportación de Joaquín, rey de Judá, el día veinticinco del duodécimo mes, Evil Merodac, rey de Babilonia, en el año de su entronización, indultó a Joaquín, rey de Judá, y lo hizo salir de la prisión. 32 Le habló amigablemente y le asignó un sitio más elevado que el de los reyes que estaban con él en Babilonia. 33 Le hizo cambiar su ropa de prisionero, y Joaquín comió siempre en su presencia, durante toda su vida. 34 Su mantenimiento fue asegurado por el rey de Babilonia con una asignación regular para cada día, hasta el día de su muerte, durante toda su vida” (Jr. 52, 31-34). El Profeta Jeremías fue coetáneo del Rey Joaquín de Judá, por lo que los hechos que se narran sobre su Indulto por el Rey de Babilonia corresponderían a un testimonio y no a una elaboración profética.*

⁸⁶ *“27 Y aconteció a los treinta y siete años del cautiverio de Joaquín rey de Judá, en el mes duodécimo, a los veintisiete días del mes, que Evil-merodac rey de Babilonia, en el primer año de su reinado, levantó la cabeza de Joaquín rey de Judá, sacándolo de la casa de la cárcel; 28 y le habló bien, y puso su asiento sobre*

particularidad de que se identifica el indulto con el gesto simbólico de “levantar la cabeza”. Con este gesto, el Rey (el Faraón⁸⁷, *V. gr.*, Gen. 40,13 y 40,20) se arrogaba la *gracia* del perdón, constatando que, en Egipto, el indulto no era una institución extraña al poder del faraón.

Herrero Bernabé, identifica el *derecho de gracia* en el mundo hebrero, ejercido “*por parte del pueblo reunido en asamblea ya que esta asamblea era la que decidía todas las cuestiones transcendentales. Si bien la Biblia cita casos de concesión de la gracia, no concreta mayormente las circunstancias en que ocurrió. En el Texto Bíblico, en la respuesta dada por David que se recoge en el Libro II de los Reyes, 14,5-610, se aprecia que los reyes, aún en el comienzo del régimen monárquico, no solamente se atribuían el derecho de aniquilar las decisiones judiciales y las penas por ellas impuestas, sino que también se consideraban facultados para prohibir a los particulares el derecho de venganza en determinados casos. Así pues encontramos en el Texto Bíblico, entre las prerrogativas de los reyes de Israel, la facultad de anular las sentencias y sustituir unas penas por otras*”⁸⁸.

el asiento de los reyes que estaban con él en Babilonia.29 Y le cambió las vestiduras de su prisión, y comió siempre delante de él todos los días de su vida.30 Y diariamente le fue dado su sustento de parte del rey, una porción para cada día, todos los días de su vida” (2 Reyes, 27-30)

⁸⁷ “*Dentro de tres días Faraón levantará tu cabeza, te restaurará a tu puesto y tú pondrás la copa de Faraón en su mano como acostumbrabas antes cuando eras su copero” (Gen. 40, 13) “Y sucedió que al tercer día, que era el día del cumpleaños de Faraón, éste hizo un banquete para todos sus siervos, y levantó la cabeza del jefe de los coperos y la cabeza del jefe de los panaderos en medio de sus siervos” (Gen, 40, 20)*

⁸⁸ Herrero Bernabé, I., “Antecedentes históricos del Indulto”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 10, 2012, pág. 689

2.4.- Derecho de gracia en el Antiguo Egipto

En el Antiguo Egipto el derecho existe desde las primeras dinastías y se identifica con el término *Maat*. El poder es ejercido por el Faraón, que es “Dios entre los Dioses”⁸⁹. No obstante, el poder real está ordenado a la consecución de la justicia divina, del *Maat*⁹⁰. Según Alonso y Royano, “*Maat es indistintamente «verdad, orden y justicia» (...) en el caos de las fuerzas del desorden, Maat instituye la norma, la medida en todos los órdenes de la creación, las dos esferas cósmica y social, alineadas en constante correspondencia. De tal suerte es así, que el egipcio faraónico tenía en «maat» un modelo normativo de conducta a través del equilibrio armónico que impide el dominio del mal, del caos. Por eso cuando el equilibrio se rompe, cuando el armónico se difumina, «Maat» queda oculta y hace su aparición el caos, es decir la injusticia. De ahí que la injusticia social se produce por el desequilibrio entre ambas fuerzas*”⁹¹.

⁸⁹ Christian Jacq, describiendo la Ceremonia de coronación del Faraón, indica que “*El faraón esencial que se encarna en individuos debidamente elegidos y probados era comparable a la luz que se desvela en el horizonte cada mañana; el faraón es el cielo de Egipto, el cielo inmenso del que cada cual extrae la verdad que necesita. El rey, poseedor de la doble corona que es «grande en magia», se levanta como un astro para infundir vida a la tierra de Egipto. Todo esfuerzo humano está destinado al resurgimiento eterno del sol de verdad, sin el cual la sociedad carece de sentido. La estela de Sehetepibre nos muestra que el faraón ilumina la tierra más que el disco solar y que él hace reverdecer la tierra más que ninguna de las grandes crecidas del Nilo. En otras palabras, el faraón es sinónimo de la capacidad de crecimiento por excelencia, que favorece y sostiene la expansión de todo lo existente. Esta idea también pervive en los reinos celtas y en la Edad Media, donde el monarca era indispensable para el buen «funcionamiento» de la naturaleza*” Jacq, C., “Poder y sabiduría en el antiguo Egipto”, Ed. Planeta, 1981, pág. 10

⁹⁰ “*El libro del divino consuelo el maestro Eckhart se refiere a la justicia, nos ofrece una excelente definición de Maat: «Pero la justicia pura, por no tener padre creado, y siendo absolutamente una con Dios, es su propio padre, Dios.» «La tradición de los reyes letrados — escribe Aldred— era muy antigua en Egipto, y los textos de las pirámides hablan del faraón que, después de su muerte, actuaba como escriba de los dioses. Resulta del todo impensable que el dios encarnado no recibiese instrucción en las artes mágicas de la lectura y de la escritura que presidía Thot, el dios de los sabios; y es casi seguro que él compulsaba todos los documentos importantes del Estado*” Jacq, C. “Poder y sabiduría en el antiguo Egipto”, *ob. cit.*, pág. 14

⁹¹ Alonso y Royano, F. “El derecho en el Egipto faraónico”, *Espacio, Tiempo y Forma*, Serie II, *Historia Antigua*, t. 11, 1998, pág. 23

El sistema jurídico en el Antiguo Egipto, sin embargo, no queda al albur de la voluntad del Faraón, sino que está estructurado a través de unas normas jurídicas sistematizadas y jerarquizadas. El llamado “Decreto de *Horemheb*”, último faraón de la XVIII dinastía, permite advertir de la existencia de disposiciones dictadas con carácter general y asimilables a la idea contemporánea de ley -formal y material-, y de un ordenamiento estructurado que emana del poder, con una administración pública de la que se encarga el funcionariado⁹². La participación del Faraón-*Horus* en la emanación de la norma jurídica determina su prelación imperativa y jerarquía superior. Igualmente, la promulgación de la norma por parte de *Horus*, formalmente era garantía de su generalidad.

El *derecho de gracia*, manifestado en el indulto, era una competencia del Faraón que podía acordarse libremente por éste, aunque siempre en cuanto se adecuase al principio de justicia divina (*Maat*). La existencia y la práctica del indulto por parte del Faraón se constata en las diferentes citas bíblicas que hacen referencia a la concesión del indulto⁹³.

⁹² “Dice Kruchten que las disposiciones que dicta el *Horus*, con carácter general, se corresponden con la idea concreta que tenemos hoy de ley. En efecto, en este decreto, que trataba de poner orden en el caótico abuso administrativo a que se había llegado desde tiempos del *Horus Neferkheperuré Akhenatón* más conocido con el nombre griego de *Amenofis IV*, se pueden apreciar los requisitos que la teoría jurídica moderna contempla como necesarios para expresar el concepto de ley:

1° La existencia de un Estado con una administración pública y un funcionariado jurídico.

2° La existencia de leyes generales, como este decreto que comentamos, con carácter de generalidad, formal y material.

3° Además de lo anterior, la promulgación de la norma por el *Horus* con toda la solemnidad.

También en el Egipto faraónico existía el principio jerárquico de la norma, según hemos constatado los investigadores del derecho egipcio. Había normas que emanaban directamente del *Horus* a través de su prelación imperativa «*hw*» (*gü*), y que para Frankfort, es la orden que encierra un poder intrínseco que impone obediencia. Solamente así se mantiene el orden de la creación o ciclo cósmico eliminador del caos. El *Horus*, como hijo de dioses y dios viviente él mismo, tiene como fundamental obligación mantener ese orden y ser pastor de sus administrados” Alonso y Royano, F., “El derecho en el Egipto faraónico”, *ob. cit.*, pág. 27

⁹³ Génesis 40, 13, y Génesis 40, 20, *ob. cit.*

Diferentes autores afirman la existencia de la institución del indulto en el Antiguo Egipto desde las referencias de Diodoro de Sicilia. Así Herrero Bernabé, con una cita del Libro II Cap. LIV de Diodoro, indica que *“En el antiguo Egipto, al igual que en los demás derechos orientales primitivos, el ejercicio de la función punitiva constituía una delegación divina y, por ende, los faraones, déspotas divinizados, ejercían tanto el «ius puniendi» como la prerrogativa de perdonar. Así Diodoro de Sicilia instituyó que podían conmutar las penas por la deportación a una comarca desierta como ocurrió con Atisano rey de Egipto, que conmutó la pena de muerte a que fueron condenados unos salteadores de caminos sustituyéndola por la relegación a una comarca desierta. También Diodoro cita que Ramsés II, al asumir el trono, ordenó poner en libertad a todos los prisioneros políticos que habían sido encarcelados por su antecesor”*⁹⁴. Referencia que contiene semejanzas con el destierro en la “ciudad de refugio”, para librarse de juicio y sentencia en el caso de los homicidios culposos en el Derecho Mosaico.

La complitud del sistema jurídico en el Antiguo Egipto –dotado también de un derecho procesal estructurado en varias instancias- ha llevado a que algunos autores lo consideren como el verdadero origen del derecho en detrimento del Derecho romano⁹⁵.

⁹⁴ Herrero Bernabé, I., “Antecedentes históricos del Indulto”, *ob. cit.*, pág. 688

⁹⁵ “Los egipcios disponían de un derecho procesal que, a grandes rasgos, nada se diferencia del nuestro: Demandas, contestaciones, réplicas, duplicas, fases probatorias con confesión, documental y testifical, conclusiones y sentencia emitiendo un fallo, a veces no ajustado a derecho, pero exactamente igual a como ocurre en la actualidad. Recursos a tribunales superiores, revisiones de las sentencias, casaciones, en fin, igual que ahora. La diferencia es que hace 4.500 años ya lo hacían los egipcios, y ellos enseñaron a los griegos, estos a los romanos y éstos a su vez, a la cuenca mediterránea occidental, que fue el crisol donde se fundieron los derechos romano y germánico, a los que se unió más tarde el canónico. Pero los conceptos, figuras e instituciones de esos derechos estaban subsistentes en aquello que los romanos creyeron haber creado: El Derecho (...) Lo que ocurre es que a los juristas se nos enseña una historia del derecho que comienza por Roma, diciéndonos que Roma es la «mater et magistra» del derecho. De tal suerte que el derecho parece nacer, como por generación espontánea, a partir del nacimiento de Roma, y

2.5.- Derecho de gracia en la Grecia Clásica

El Derecho griego de la antigüedad, desde Homero (aprox. S. VIII a. C.) hasta los tiempos Helenísticos, periodo conocido como clásico, carece de una sistematización que haya permitido considerarlo *corpus* integrador de una ciencia jurídica⁹⁶. Pero ello no significa, antes al contrario, que el valor de su pensamiento filosófico no sea una influencia determinante en la configuración de la ciencia política y que sus estructuras de poder hayan sido el fundamento conceptual de la política y de lo político, en la historia.

Las diferentes etapas de la Grecia Clásica han determinado que el poder fuese ostentado, sucesivamente, por los Reyes (monarquía hereditaria),

no antes. Esto ocurre porque nuestras Universidades son de corte romanista, petrificado e incapaz de profundizar en las raíces más hondas del derecho, que llegan, como no podía ser menos, a los comienzos históricos del hombre, por un lado en «el cuerno fértil» mesopotámico de Sumer, con sus «códigos» de Shulgi en el 2100 a.C, o de Lipit-Ishtar, de 1934 a.C, por no citar al conocidísimo «Código de Hamurabi», de 1700 a.C. Y por el otro, en Egipto donde vamos comprobando un derecho técnico, a la vez que práctico, y que lejos de haber muerto se encuentra redivivo en multitud de instituciones de nuestro derecho actual, sin apenas cambios dignos de mención” Alonso y Royano, F., “El derecho en el Egipto faraónico”, ob. cit., pág. 37

⁹⁶ *“Nos enfrentamos aquí, desde el primer momento con el hecho fundamental de la ausencia de una ciencia jurídica. Por razones de las que no voy a tratar aquí, los griegos nunca intentaron penetrar en la esencia fundamental o en las implicaciones de sus propias instituciones. Jamás se escribió nada que tratara de aclarar las consecuencias prácticas de aquéllas mediante un método casuístico semejante al de los romanos. Es cierto que el orador forense debía estar familiarizado con el derecho escrito, y que éste se estudiaba algo en las escuelas retóricas del siglo IV, en Atenas y posiblemente en otras ciudades. También hubo algún tratamiento de cuestiones jurídicas en la literatura filosófica, desde los Sofistas a Aristóteles y su escuela. Pero todo esto tiene poco que ver con una verdadera jurisprudencia. Los libros retóricos que se nos conservan, sobre todo la Retórica de Aristóteles, muestran que la educación retórica aspiraba a capacitar al orador para encontrar argumentos persuasivos, y no a familiarizarlo plenamente con el derecho como tal. Los argumentos jurídicos, en las obras filosóficas, se reducen a proyectar leyes utópicas, como ocurre en las Leyes de Platón, o bien servían como repertorio para la discusión de problemas de justicia y moral; el ejemplo más conspicuo de este género es la Ética a Nicómaco de Aristóteles” Wolff, H.J., “La historia del Derecho Griego : su función y sus posibilidades”, Ed. Universitaria de Valparaíso, 1976, pág. 139*

el arcontado (oligarquía aristocrática, Código de *Dracón*⁹⁷), Tiranos (leyes de *Solón*⁹⁸) y por el conjunto de los ciudadanos (democracia de Pericles), condicionando las diferentes manifestaciones del poder tanto la génesis de la ley, como en su excepción, con la *gracia*.

En el mundo griego, la noción de perdón se determina en la esfera de la conciencia: el perdón (condescendencia) consecuencia de la conciencia, la cual, mediante procedimiento racional, hace posible el perdón. Este concepto de perdón se advierte el pensamiento de Aristóteles desde la idea de equidad “*La ley tiene un carácter universal y no puede prever todos*

⁹⁷ Dracón de Tesalia (s.VII a.C) fue un legislador de ateniense que ocupó el cargo de arconte epónimo. “*El aspecto fundamental de las reformas de Dracón fue el desposeer a las estructuras sociales de base parental del derecho a promover la restitución oportuna frente a un agravio sufrido por los miembros de su congregación. Es probable que hacia el 624, a. C, tuviera lugar el primer paso en la dirección mencionada si se aceptan como históricamente válidas las referencias de Aristóteles sobre la dureza de la administración de justicia implantada por Dracón. En este primer estadio quizá únicamente se promoviera, sin modificaciones de gran calado, una codificación escrita del derecho tradicional bajo la tutela de un estado incipiente. En este sentido, el código penal draconiano no iría mucho más allá de la ley del tallón, sin que en él tuviese cabida la sanción del delito tras la previa consideración de la situación particular en la que fue cometido, propia de corpus jurídicos más evolucionados. El sistema punitivo, deja de ser un derecho privado para transformarse en una prolongación del estado dirigida hacia la protección del individuo. En tanto que el monopolio estatal de la violencia prescribe un marco legal estable y público que limita las relaciones entre los miembros de la comunidad y los castigos que corregirán cualquier transgresión de estos límites, y en tanto que la aplicación de este código de justicia se presenta ahora como potestad exclusiva del estado, el sujeto se encuentra protegido, por activa y por pasiva, ante el delito*” Menéndez Varela, J.L., “La Figura de Dracón en el debate sobre el origen del Estado ateniense”, *POLIS. Revista de ideas y formas políticas de la Antigüedad Clásica*, núm. 13, 2001, pág. 14

⁹⁸ “*Para los atenienses del siglo IV Solón fue el legislador que había sentado las bases de la politeia, de la constitución ateniense. Las leyes de la patria que se conocían para entonces se consideraban como escritas por primera vez por él. Solón está en el umbral de la democracia ática, no formula leyes que podamos llamar propiamente democráticas, pero sí crea las condiciones para que aquéllas se desarrollen. Las reformas de Solón no establecen la democracia, pero probablemente sin ellas ésta no habría sido posible. Solón denuncia el mal gobierno, la codicia de riquezas por encima de los intereses de la polis, la reducción a la esclavitud de algunos, la necesidad de otros de abandonar la patria debido a su pobreza y la confrontación -stasis- entre ricos y pobres. La más importante reforma social y económica de Solón fue la seisachtheia. Generalmente el término es traducido al español por "descarga". Sin embargo, la traducción tiene un sentido un poco distinto al de la palabra griega originada de: seis- sacudirse y achth-os carga. La seisachtheia fue el alivio de las cargas de los créditos que soportaban los deudores. Se anulaban y/o cancelaban las deudas privadas y públicas y en adelante nadie podía prestar sobre las personas: se prohibía en el futuro la esclavitud por deudas en Atenas*” Almandós, L., “Igualdad y diferencia en la democracia ateniense”, Col. tesis laureadas Universidad Nacional de Colombia, 2003, pág. 16

los casos particulares, sino que es preciso adaptarla a los mismos. De ahí, una tensión entre la generalidad abstracta de la ley y la singularidad concreta de los casos reales. Tampoco puede tener en cuenta la variabilidad de las circunstancias en que habrán de ejercitarse las acciones. Por esto es necesaria la equidad, que se distingue por su flexibilidad, corrigiendo y templando la firmeza y la estabilidad que caracterizan a la ley. La equidad es la adaptación de la fórmula legal genérica a las exigencias de la vida, en aras de la justicia natural”⁹⁹.

En tiempos de Pericles se constata la concesión de indulto a Cirón¹⁰⁰ por Decreto, en plena democracia ateniense, según lo describe Plutarco. No obstante la *gracia* era ejercida por la *ekklesia* o *ecclesia*, como principal asamblea de la democracia ateniense en la Antigua Grecia, por lo que el indulto era otorgado –materialmente– por la Asamblea, y se formalizaba mediante un Decreto. La asunción de la competencia para otorgar dicha *gracia* por parte de la Asamblea vendría determinada por las facultades que ésta ostentaba en la función legislativa, en particular, la aprobación de las leyes, que, en sentido inverso, permitía su excepción.

⁹⁹ Aristóteles, “Política”, Libro V. *Cit.* en Belloso Martín, N., “Filosofía del Derecho”, Universidad de Burgos, 2011, pág. 35

¹⁰⁰ “X.- No se acababa por la ley el ostracismo, para los que sufrían, esta especie de destierro, hasta los diez años; pero en este medio tiempo los Lacedemonios invadieron el territorio de Tanagra, y marchando al punto los Atenienses contra ellos, Cimón, volviendo de su destierro, tomó las armas, y formó con los de su tribu, queriendo purgar con obras la sospecha de laconismo peleando al lado de sus conciudadanos; pero los amigos de Pericles se agruparon, y lo hicieron desechar como desterrado. Por esto mismo pareció que Pericles peleó en aquella ocasión con mayor denuedo, y se distinguió sobre todos, poniendo a todo riesgo su persona. Perecieron allí los amigos de Cimón, todos a una, a los que Pericles había acusado también de laconismo; y los Atenienses llegaron ya a arrepentirse y echar menos a Cimón, viéndose vencidos en las mismas fronteras del Ática, y esperando más violenta guerra todavía para el verano. Echólo de ver Pericles, y no sólo no tuvo dificultad en dar gusto a la muchedumbre, sino que él mismo escribió el decreto por el que Cimón había de ser restituido” Plutarco, “Pericles”, *Vidas Paralelas*, Tomo II. Trad. Crespo Güemes, E., Ed. Cátedra, 1999, pág. 9

Igualmente, la amnistía tuvo en la Grecia Clásica la primera utilización de tal término –*amnesia*– entendida como olvido: “voz griega compuesta de la *a* privativa y de memoria, es decir, sin memoria ú olvido mutuo y general de las cosas pasadas” que “se dio por primera vez a una ley que hizo Trasíbulo en la que mandaba un olvido general de todo lo pasado, después de haber arrojado a los treinta tiranos de Atenas, con cuya sabia y prudente medida recobró la República su antigua pujanza, la paz y la libertad. El orador Andocides, en su arenga sobre los misterios, nos ha conservado la fórmula de la amnistía y de los juramentos que la acompañaban o se proferían a su publicación”¹⁰¹.

La amnistía se puede advertir en Platón, como medio de reconciliación con el adversario, esto es, como una herramienta política para resolver pasadas controversias. El primer antecedente se encuentra en una de las leyes de Solón¹⁰², que se creó para restituir los derechos civiles de las personas que los habían perdido. También se instrumentó como acto de reconciliación el Decreto de la Asamblea ateniense tras la restauración de la Democracia (403 a.C.), en el cual se sanciona la reconciliación en Atenas entre los demócratas y los oligarcas. En los textos de Aristóteles se encuentra la palabra amnistía, también con referencia a la idea de reconciliación¹⁰³.

¹⁰¹ Bastús Carrera, V.J., “Diccionario histórico enciclopédico”, Imp. Roca, 1828, pág. 96

¹⁰² En los comienzos de la democracia ateniense, “*las dos facciones enfrentadas le otorgaron carta blanca a Solón para que reformara las leyes. Tres de estas reformas guardan relación con la justicia transicional. Solón promulgo una ley de amnistía que restauró los derechos civiles de quienes habían sido privados de ellos, excepto de aquellos que habían sido condenados al exilio acusados de homicidio o masacre, o por haber buscado establecer una tiranía. Esta ley sirvió como modelo para la legislación de la amnistía concedida en 405, luego de la derrota de Atenas a manos de la flota espartana, que dejó sin efecto alguna de las sentencias más duras pronunciadas tras el derrocamiento del régimen oligárquico en 411 (el propósito de la amnistía era reunificar la ciudad, pero ya era demasiado tarde)*”, Elster, J., “Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica”, Katz Editores, 2006, pág. 18

¹⁰³ Pomanti, P., “*I provvedimenti di clemenza: amnistia, indulto e grazia*”, *ob. cit.*, pág. 53. Trad. libre

2.6.- Derecho de gracia en la Antigua Roma

En el Derecho romano, la *gracia* quedará definitivamente determinada como institución jurídica. Las diferentes manifestaciones de la *gracia* se identificaron por sus correspondientes términos y conceptos jurídicos que la individualizaba. Así, *amnestia*, *abolitio*, *beneficium*, *fides*, *gratia*, *indulgentia*, *impunitas*, *remissio*, *restitutio* y *venia*, fueron modalidades de la clemencia en el Derecho romano¹⁰⁴. La clemencia se configuró en Roma tanto como un atributo del gobernante, como una institución de naturaleza institucionalizada, así como un instrumento de poder.

Cicerón, en *La Republica*, destacaba que la clemencia fue –junto con la religión– el pilar más firme de la Republica durante el reinado de Numa Pompilio, elegido Rey por el pueblo reunido en comicios¹⁰⁵. Fue Séneca, en su obra *De Clementia*, el que dotó a ésta de la condición de atributo del gobernante, como una virtud modélica del hombre de Estado, pero

¹⁰⁴ Merten, D., “*Rechtsstaatlichkeit und Gnade*”, Berlín, 1978, págs. 30 y 31. Cit. en Pagés, J.L. “Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español”, *ob. cit.*, pág. 82

¹⁰⁵ “*La constitución romana era un ente moral, constituido por la tradición, las costumbres recibidas de los mayores, y unos principios inconcusos algunos contenidos en leyes emanadas del senado, otros transmitidos, según los cuales se desarrollaba toda la vida política de Roma. Todo lo que a lo largo de la historia se observara que era conveniente para el buen proceso de la vida de la ciudad, las normas sancionadas por una ley, como por ejemplo las XII Tablas, todos los decretos dei pretor que se veían convenir al bien común, todas las leyes que afectaban a la marcha general dei Estado romano, los mismos principios de la ley natural, que sin que nadie los preceptuara se sentían inmersos en la conciencia de los romanos, todo eso formaba la constitución, que por lo mismo era un arsenal de sabias disposiciones, y principios de un valor extraordinario, cuya eficacia se había confirmado con la experiencia de los siglos para que el rey fuera siempre justo, sabio y virtuoso vieron que no convenía constituirlo por sucesión hereditaria, como en Lacedemonia, sino electiva (44). Al rey lo elegía todo el pueblo reunido en comicios por curias. Elegido de esta forma el sabino Numa Pompilio, hizo confirmar su elección por una ley curiada. Asentó a los ciudadanos en los campos conquistados por Rómulo, e infundió amor a la paz y a la tranquilidad. ... Murió después de treinta y nueve años de reinado, dejando establecidas otras dos columnas firmísimas de la República: la religión y la clemencia (Republica. 1, 25-27)” Guillén, J., “La constitución romana según Cicerón”, *Humanitas*, núms. 23-24, 1981, pág. 152*

también como un instrumento de gobierno, destacando la conveniencia del ejercicio de la clemencia, en justa relación con la equidad¹⁰⁶.

La clemencia fue utilizada, asimismo, como instrumento pacificador al servicio de la diplomacia con los territorios conquistados. Según Castro *“con la Clemencia, Roma se presenta como una civilización virtuosa y superior, en la medida que a través de la clemencia realiza buenas acciones producto de sus valores civilizados. A raíz de esto, podemos notar cómo se manifiesta un sentido de humanitas, que se expresa a través de la ‘amabilidad’, gracia’ ‘benevolencia’ En otras palabras, se manifiesta una excelencia humana asociada a la posesión de sabiduría, temperamento y justicia”*¹⁰⁷.

¹⁰⁶ *“Para Séneca ya no es el modelo directo el Principado de Cicerón o de Pompeyo sino el de Augusto. Augusto es el gobernante ideal y el modelo que propone constantemente a Nerón. Séneca alaba a Augusto porque encuentra en él las virtudes modélicas del hombre de estado: la sabiduría, el valor, la moderación, la clemencia incluso con los propios enemigos. En el tratado De Clementia no se exponen problemas concretos de política sino un criterio general de gobierno, normas de buen gobierno fundadas sobre la equidad y la humanidad. La clemencia conviene sobre todo al gobernante. Porque todo poder basado en la ira es precario. Sólo el amor del pueblo ofrece seguridad al Príncipe. Las frecuentes venganzas hacen crecer el número de enemigos, que en cambio, con el perdón, se convertirán en amigos. El rey justo se caracteriza ante todo por la moderación, la medida (nzens bona). El tirano, por la violencia y desmesura (furor). Al lado de la moderación el rey justo aparece adornado por otras virtudes: la clemencia, la justicia, la modestia en la prosperidad, la firmeza en el infortunio y la conciencia de su responsabilidad ante Dios. Su recompensa es el amor y lealtad de los súbditos”* Muñoz Valle, I., “La concepción del imperio romano como principado”, *Cuadernos de Filología Clásica*, núm. 3, 1972, pág. 119

¹⁰⁷ *“El rol de la clemencia en las relaciones diplomáticas, donde se sostiene que ésta representa una herramienta política que permite al mundo romano difundir su cultura, urbanizando civilizando a la otredad bárbara. En otras palabras, detrás de la paz que otorga Roma mediante la clemencia, existe un afán civilizador que se plasma en constituir nuevas estructuras políticas en los pueblos de las Galias, incorporándolos a su sistema político-social, instituciones e identidad cívica. De este modo, podemos notar cómo se construye una imagen de una Roma virtuosa paternalista, que busca pacificar el desorden bárbaro y establecer un dominio político y cultural en las Galias, fortaleciendo un sentido cívico urbano a través de nuevas estructuras culturales en las tribus bárbaras haciéndolos participar de los derechos de ciudadanía y civilización de Roma. La Clementia, tal como señala Cornelia Catlin Coulter, fue una de las características esenciales dentro de la Guerra de las Galias, donde ésta se concibió como sinónimo de ‘bondad’, ‘lenidad’ y ‘misericordia’ Estas características fueron claves en el trato que se tuvo con el enemigo, dando cuenta de la Virtus del mundo romano en su relación con los otros. De hecho, tal como manifiesta Catalina Balmaceda, la virtus se usa como la base de autodefinición de los valores romanos, y asimismo, ésta se podía identificar con la romanidad, de la cual existía un ambiente moral donde la virtus podía surgir (...) En este sentido, podemos notar cómo la clemencia expresa una virtud que permite difundir*

La clemencia pasó así a formar parte de las instituciones jurídicas en el Derecho romano. El perdón en el mundo latino adquirió una dimensión más política y social que moral. La *venia* entendida como indulgencia y perdón, el *oblibio*, como olvido, la *excusatio*, como excusa, y la *remissio* como liberación, son algunos términos utilizados por la literatura latina, que identificaban la clemencia con perdón. El mismo origen del término “condonar”, del latín *com* (arcaico *cum*) y *donare*, permite comprender el la naturaleza del instituto y del concepto de perdón como un don¹⁰⁸.

En el periodo republicano destaca la *provocatio ad populum*, la *restitutio in integrum* y más tarde, la *restitutio damnatorum*. La *provocatio ad populum*, utilizada desde inicios del Imperio, era una expresión típica de decisión del pueblo en materia de clemencia. La *provocatio* determinaba la posibilidad de que un condenado pudiese pedir que se convocase al pueblo y se reuniese en comicios para valorar la resolución de condena y resolver, en equidad, si la misma resultaba o no adecuada¹⁰⁹. Con la *provocatio* no se alteraba la decisión judicial, sino que, partiendo de la

elementos propios de la identidad romana, junto con ello consolidar su civilización cultura (...) De esta manera, es posible comprender cómo la clemencia dada por César contiene estos elementos, en la medida que utiliza la sabiduría para reconocer la verdad entender sus causas; el temperamento, controlando las pasiones e impulsos, siendo obediente a la razón; la justicia, buscando el bien común usando de forma moderada el empleo de castigos(...) En este sentido, la Humanitas de César nos vuelve hacia la vida pacífica y civilizada, y nos da cuenta de la importancia de los valores y virtudes de la conducta humana, los cuales son propios de la educación y la vida cívica de Roma (...) En definitiva, mediante la clemencia y humanidad el mundo romano se arroga la misión de establecer el orden y la paz por sobre sus dominios, incluso interviniendo en derecho justo para proteger a sus aliados de las amenazas externas. De este modo, Roma empieza a auto-representarse como un pueblo virtuoso basado en la excelencia moral, asimismo, como una cultura civilizadora que debe pacificar el desorden, salvajismo e inhumanidad del mundo bárbaro” Castro, P., “La misión civilizadora de roma: notas sobre la clemencia y la auto-representación romana. Una revisión a las relaciones diplomáticas entre Roma y los pueblos de las Galias”, *Intus-Legere Historia*, núm. 1, Vol. 5, 2011, págs. 53-55

¹⁰⁸ Pomanti, P., “*I provvedimenti di clemenza: amnistia, indulto e grazia*”, *ob. cit.*, pág. 56. Trad. libre

¹⁰⁹ “*Recuerda la doctrina histórica que con la aprobación de la Lex Valeria del 300 a.C., la tarea del Juez solo consistió en la instrucción del procedimiento, por cuanto la decisión del caso se remitía a la sola voluntad de la Asamblea popular*” Pomanti, P., “*I provvedimenti di clemenza: amnistia, indulto e grazia*”, *ob. cit.*, pág. 57

condena ya establecida, el pueblo decidía si ésta se debía o no cumplir. Se advierten en esta institución los elementos en los que se fundamenta el indulto en la actualidad: una condena firme y la valoración sobre lo justo o injusto de su cumplimiento, para resolver en equidad¹¹⁰.

La *restitutio in integrum*, siguiendo a Ortega¹¹¹, era un remedio utilizado por el Pretor en determinadas circunstancias de carácter extraordinario, para anular un acto o negocio jurídico, que si bien era perfectamente válido, producía unos efectos notoriamente injustos y perjudiciales. En definitiva, con tal acto de autoridad, el Pretor no hacía otra cosa que restablecer la situación jurídica preexistente, como si el acto o negocio no hubiese tenido lugar. Solo se concedía por causas graves, previstas unas veces en el Edicto o bien sometidas otras al prudente arbitrio del magistrado (violencia, el dolo, el error, la ausencia justificada por cargo público, la cautividad de guerra, la minoría de edad, etc.). Nació por razones de equidad natural para atemperar el rigor del derecho estricto, y determinaba la remisión de la pena impuesta y todos los efectos de la condena.

No obstante la aplicación de la *restitutio in integrum*, no siempre fue una decisión del Pretor. En la República, asumió la forma de una ley votada

¹¹⁰ Según el relato de Cicerón “*Depuesto Tarquinio el Soberbio, por haberse constituido en tirano, la constitución romana se modificó después de 220 años y el rey fue sustituido por dos gobernantes anuales, a los que llamaron cónsules. La autoridad pasó al pueblo, hasta el punto de que ningún magistrado podía condenar a muerte, ni azotar a un ciudadano romano que hubiere apelado al pueblo. Aunque la ley de provocación existía ya bajo el dominio de los reyes, como se ve por los libros pontificales y por el caso del parricidio del joven Horacio vencedor. Por esta ley fueron creados los duoviros, los cuales decían que según era la ley no podían absolver ni a un inocente, y habiendo condenado a Horacio, uno de ellos le dijo: «Publio Horacio, te juzgo perdueñón. Anda, lictor, átales las manos». Se acercó el lictor, y le iba a atar las manos, cuando Horacio, por sugerencia del rey, dijo: «Apelo al pueblo». Y gracias a la provocatio se vio la causa delante del pueblo (LIU 1, 26, 7-8)*” Guillén, J., “La constitución romana según Cicerón”, *ob. cit.*, pág. 158

¹¹¹ Ortega Carrillo de Albornoz, A., “Derecho Privado Romano”, Ed. Promotora cultural malagueña, 1999, pág. 88

en los comicios. La decisión resultaba acordada, no solo por un sujeto extraño a la jurisdicción sino por el mismo pueblo que ejercía la administración de la justicia. Con el instituto, de carácter general, se remitía la pena y extinguía el delito. No le estaba permitido intervenir a los jueces pues se trataba de una potestad extraña a la administración de justicia. Incluso en ocasiones se adoptó como verdadero acto de amnistía a través de su proclamación en las constituciones imperiales como la *abolitio generalis publica*¹¹².

En tiempos del imperio, la *gracia* se manifestó preferentemente como un acto del emperador y era ejercido a través de la *indulgentia principis* y la *abolitio generalis publica*: “En el Estado imperial, Augusto se reservó para sí mismo el poder de la clemencia que ejerció, en un principio, solo “raramente” y con el concurso del Senado. Tal poder devino en pleno y absoluto, y encontró su máxima expresión a través del instituto de la *indulgentia principis* y de la *abolitio generalis publica*”¹¹³.

¹¹² “En tiempos de la República, se daban la *restitutio in integrum*, y más tarde la *restitutio damnatorum*, que remitían la pena y extinguían los demás efectos de la condena, «*ac si iudicium non fuisset*», tomaban la forma de ley votada por el pueblo en los Comicios, y con el concurso del Senado, que al establecer el Imperio, los emperadores le absorbieron ejerciéndole, ya como perdón individual, ya como gracia colectiva. En tiempos del principado solamente en las primeras época se hizo uso de ella en algunos casos, particularmente para dar soluciones a la prolongación desmesurada de los procesos, o bien para poner fin al abuso que se hacía del derecho de acusar. Pero desde fines del Siglo I ya aparece como un acto legislativo especial que se realizaba preferentemente por medio de senado-consultos y, en algunas ocasiones, a través de constituciones imperiales de «anulación general», «*abolitio generalis publica*», motivada en un principio por especiales acontecimientos felices y, luego, regularmente en ocasiones de fiestas o pascuas anuales «*ob diem Paschae quem intimo corde celebramos*» y dicha disposición general «*est delictio, oblivio vel extinctio accusationis*» y, como se ha dicho, la potestad de clemencia recaía en las autoridades soberanas que variaban según diferentes período” Herrero Bernabé, I., “Antecedentes históricos del Indulto”, *ob. cit.*, pág. 692

¹¹³ Pomanti, P., “*I provvedimenti di clemenza: amnistia, indulto e grazia*”, Giuffrè Editore, 2008, pág. 55. Trad. libre

La *indulgentia principis* operaba sobre la condena, tenía un destinatario concreto, era acordada por el príncipe, no tenía eficacia retroactiva, no perjudicaba el derecho de terceros y podía ser *specialis* o *generalis*¹¹⁴. La *specialis*, de carácter particular, recaía sobre la pena de una persona, y tiene su correlativo en el actual indulto particular; la segunda, *generalis* con carácter general, recaía a favor toda la colectividad, identificándose con el actual indulto general¹¹⁵.

A diferencia de la *indulgentia* que solo la podía otorgar el Emperador, el Senado o los altos funcionarios y respecto a condenas firmes, la *abolitio* permitía a autoridades menores la decisión de liberar a un procesado si se retiraba la acusación formulada contra éste, causando la abolición de la acusación¹¹⁶. La *abolitio* también llamada *venia*, podía ser general o especial y, en ambos casos, se refería a situaciones en las cuales aún no

¹¹⁴ Majorana, G., "La prerogativa del *potere di grazia*", *Forum costituzionale*, 28 octubre 2012, pág. 19. Trad. libre

¹¹⁵ "Al establecerse el Imperio con Augusto, el poder de gracia, el cual era ejercitado antes rara vez y con el concurso del senado, fue haciéndose poco a poco más absoluto y más completo. Este poder se manifestó como la «indulgencia principis», la cual «*poenae gratiam facit*» y podía ser «*specialis* y «*generalis*», mediante la «*abolitio pública*», formas que corresponden sustancialmente a la gracia o indulto particular y al indulto, referido al general y a la amnistía. Las dos primeras consistían en la antigua «*restitutio integrum*»; la tercera implicaba la extinción de la acción penal pendiente y podían realizarse, «*publice, privatum* y «*ex lege*» pero no quitaba la infamia del delito" Herrero Bernabé, I., "Antecedentes históricos del Indulto", *ob. cit.*, pág. 692

¹¹⁶ "Como se sabe, el derecho criminal romano durante el Principado, pese a aplicar el procedimiento *extra ordinem*, exigió para los crímenes que habían correspondido a las originarias *quaestiones perpetuae* republicanas, una acusación o denuncia particular (*nominis delatio*). En un momento determinado el acusador se podía plantear el retirar la denuncia pero, para que tuviera efectos oficiales, tenía que solicitar al gobernador provincial la abolición de la acusación y que este le "indultara"; de no ser así, el acusador, para no sufrir una pena, tenía que seguir con el proceso hasta el final. Hasta la regulación del supuesto autónomamente, si tras retirar la denuncia el demandante, el demandado decidía continuar con el proceso y lograba su absolucón podía después llevar a los tribunales al acusador que había dejado de serlo por *calumnia*. Sin embargo, desde el año 61 p. C. un *SC Trpilianum* reguló el *desistere ab accusatione* como tipo propio e impuso al *tergiversator*, que es el nombre que recibía la persona que hubiera abandonado dolosamente su acusación sin haber obtenido previamente el indulto, penas varias que iban desde la pérdida del derecho a renovar la acusación a sanciones económicas, así como las penas establecidas en general contra los *calumniadores*" Mentxaka, R., "Los requisitos para acceder a las Magistraturas locales con base en los escritos de los juristas clásicos", *ob. cit.*, pág. 16

existía condena. La *generalis publica*, se aproximaba al actual instituto de la amnistía y se concedía de forma general. La especial, por su parte, se refería a personas determinadas¹¹⁷.

3.- El derecho de gracia en la Edad Media

Los cambios institucionales y estructurales que se sucedieron desde la caída del Imperio romano y hasta la aparición del Estado moderno, dan cuenta de la radical modificación del sistema político, económico, social y jurídico que experimentó el mundo occidental y España, en particular, y que determinó la génesis de un modelo de Estado, que aún perdura en nuestros días. El *derecho de gracia*, vicarial del ejercicio del poder en sus sucesivos titulares, igualmente seguirá el camino del poder mismo.

3.1.- El derecho de gracia en la Alta Edad Media

En el año 409 d.C., entró en Hispania una alianza de pueblos bárbaros (suevos, vándalos y alanos) que, provenientes de Renania, atravesaron la Galia hasta los pirineos, momento en el que el legítimo emperador del

¹¹⁷ “El derecho de gracia, se expresaba principalmente como la «abolitio» y también como «indulgentia». La primera tenía lugar cuando se abolía la acusación tomando en cuenta también el interés del acusador, habida cuenta de las estrictas y rigurosas obligaciones que asumía con la acusación. La segunda, llamada asimismo «venia», cuando se aplicaba en forma general a los que todavía no habían sido condenados, se la denominó amnistía y «venia specialis», si su destinatario era una persona determinada. Cuando tenía lugar después de haber sido juzgado y condenado en base a la acusación, se le daba el nombre de «in integrum restitutio» la cual extinguía la pena sin quitar la infamia del delito” Herrero Bernabé, I., “Antecedentes históricos del Indulto”, *ob. cit.*, pág. 693

Imperio romano de occidente dejaría de imponer su autoridad en todas las provincias hispánicas. Y será en el año 416 d.C., cuando el Imperio Romano de Occidente –bajo el dominio de Constantino- forjó la alianza con los visigodos (rey Walia), para combatir a suevos, vándalos y alanos, que determinó la aparición y asentamiento de los visigodos en Hispania. La caída del Imperio Romano de Occidente, el año 476 d.C., hizo que los visigodos se constituyesen como un reino independiente en la península hasta la muerte del Rey Witiza en 710, y los problemas sucesorios entre partidarios del Rey Rodrigo y uno de los hijos de Witiza, que permitieron la invasión de la península por los musulmanes¹¹⁸.

3.1.1.- El Derecho visigodo y el *liber iudiciorum*

Los visigodos establecieron como forma de gobierno la monarquía y se instauró a la religión católica como la religión oficial en el III Concilio de Toledo (año 589), bajo el reinado de Recaredo. Fue en el IV Concilio de Toledo cuando se establecieron las normas de la elección monárquica. Introduciría por vez primera de una manera formal la imagen bíblica del monarca como ungido del Señor, aunque sólo como modo metafórico de realzar su inviolabilidad. Se concibe la realeza, no ya como producto del derecho natural sino como el gobierno del pueblo cristiano en tanto que tal, poniendo el acento en la noción de servicio¹¹⁹.

¹¹⁸ Collins, R., “La España visigoda”, Ed. Crítica, 2005, págs. 3-8

¹¹⁹ “El príncipe, por tanto, ha de estar al servicio de la Fe. Pero el sentido de la frase se ha modificado con el establecimiento del ritual de la unción. Como dice S. Teillet: “Hemos visto que la unción real cristiana no es sólo ‘declarativa’: en tanto que sacramental, opera o comunica la gracia, que significa en el presente caso la gracia del gobierno de los hombres, *uirius potestatis*. La unción representa una intervención de la Iglesia y del mundo sacramental en la constitución de un nuevo rey. Y esta intervención no consiste para la Iglesia únicamente en hacerse garante de la elección divina, reforzando por ello el contrato civil.

El V Concilio de Toledo (636) en su canon 9º, explicitó la titularidad del ejercicio del *derecho de gracia* a favor del Rey, reservándole tal derecho, en exclusiva. Tal declaración sería la primera constatación del *derecho de gracia* en el derecho peninsular¹²⁰. En tal sentido, Linde Paniagua no sitúa este primer vestigio del indulto en el V Concilio de Toledo, sino en el VI Concilio de Toledo (638), en el canon 8º¹²¹.

No obstante será el *Liber Iudiciorum* (654) código elaborado por los reyes Chindasvinto y Recesvinto para unificar el sistema legal del reino el que constituirá el primer texto jurídico codificado visigodo, desplazando al Derecho romano del reino, conservándolo en muchos aspectos. El *Liber Iudiciorum* o *Lex Gothica* –también conocido como *Código de Recesvinto*, *Libro de los Jueces*, *Liber Iudicum*, *Liber Gothorum*, *Fori Iudicum*, *Forum Iudicum* y *Forum Iudiciorum*- fue traducido al romance en el Fuero Juzgo (1241)¹²².

Mediante la unción, la Iglesia instituye de alguna manera el nuevo rey, confiriéndole el poder. De hecho, es ella quien detenta la plenitud del poder divino, la uirtus Dei, o la gracia, y quien está facultada para comunicarla a los hombres por los sacramentos (...) en virtud de la unción, el poder ya ejercido intra Ecclesiam pasa a ser conferido igualmente intra Ecclesiam o per Ecclesiam y las afirmaciones de Isidoro adquieren entonces todo su valor. Esta es la innovación importante de la unción: actualiza sacramentalmente el fundamento religioso del poder, paralelo a su fundamento jurídico” García Herrero, G., “Julian de Toledo y la realeza visigoda”, *Arte, sociedad, economía y religión durante el Bajo Imperio y la Antigüedad Tardía. Antig. crisi.*, núm. VIII, Murcia, 1991, págs. 227 y 249

¹²⁰ “El V Concilio de Toledo del año 636 incluye cinco cánones relativos al rey y al trono que versan sobre la salvaguarda de su vida y la de sus hijos (canon 2), las condiciones necesarias para poder acceder al trono (c. 3), las conjuras (c. 4), y el respeto de las concesiones reales a los fieles al trono por parte de los sucesores (c. 6). Si tenemos en cuenta que este concilio presenta nueve cánones, y que de los cuatro restantes uno es, como se enuncia, un elogio del rey (el decimoprimer), y otro (el noveno) reserva al monarca el derecho de indulto, es fácil deducir que la única finalidad con que se convocó este sínodo fue, una vez más, la de fortalecer el poder real, debilitado por las circunstancias políticas del momento” Fernández Ortiz de Guinea, L., “participación episcopal en la articulación de la vida política hispano-visigoda”, *Stvdia histórica - historia antigua*, vol. XII, pág. 162

¹²¹ “El primer vestigio de este derecho se encuentra en el canon 8º del Concilio VI de Toledo, el año 636. Aunque la corona era entonces electiva, se conoce que los Padres del Concilio queriendo rodear la dignidad real de todo su esplendor, no reconocen más limitación a aquella prerrogativa que la moderación del Príncipe”, Linde Paniagua, E., “Amnistía e indulto en España”, Ed. Tucur, Madrid, 1976, pág. 29

¹²² Se dividía en un título preliminar y doce libros, subdivididos en cincuenta y cuatro títulos y quinientas setenta y ocho leyes. Contenía trescientas veinticuatro leyes del anterior Código godo (que en el texto se

El Fuero Juzgo, en su Ley VII, Título I, Libro IV, se refiere al indulto con la palabra *merced*, en los términos siguientes: *“VII. De la piedad de los príncipes. Quando á nos ruega por algún omne que es culpado de algún pecado contra nos, bien queremos oyr a los que nos ruegan, e guardamos por nuestro poder de aver les mercet. Mas si algún omne fizo algún malfecho contra muerte de rey o contra la tierra, non queremos que ninguno nos ruegue por ellos. Mas si el princip los quiere aver mercet por su voluntad o por Dios, fágalo con consejo de los sacerdotes e de los maiores de su corte”*¹²³.

Se trata así de la primera ley que hace mención en nuestro derecho al *derecho de gracia*. Era otorgada únicamente por delitos contra el Rey o contra el Estado y la tierra, excluyéndose los delitos ordinarios. En el caso de delitos contra la muerte del Rey, éste previamente debía oír el *“Consejo de Miembros de la Iglesia”* y el de los *“Mayores de la Corte”*. Según Hererero, *“la gracia estaba reservada a los delitos contra el orden público, porque entre privados se permitía la compensación económica y la venganza. Ahora bien, en esta época, el ejercicio de la gracia por los Reyes godos podía asemejarse más bien al ejercicio señorial del perdón, que al ejercido por el Monarca, caracterizado por el monopolio”*¹²⁴.

califican de *antiquae*), noventa y nueve leyes elaboradas por Chindasvinto y ochenta y siete leyes propias de Recesvinto (las del padre se encabezan en el texto con el nombre *Flavius Chindasvintus Rex* y las del hijo con *Flavius Reccesvintus Rex*). Finalmente había tres leyes de Recaredo y dos de Sisebuto. *“Se diría que el Liber Iudiciorum yuxtapone una capa o estrato formado por los textos del momento arriano (las anónimas antiquae, elaboradas en fecha desconocida aunque podrían remontarse a la segunda mitad del s. V) y otra capa normativa católica (las leyes atribuidas a Recaredo, Sisebuto, Chindasvinto, Recesvinto, Wamba, Ervigio y Egica o Egica-Witiza), una y otra separadas por notables diferencias de estilo, forma y contenido”* Petit, C., *“Derecho visigodo del siglo VII. Un ensayo de síntesis e interpretación”*, *Hispania Gothorum. San Ildefonso y el reino visigodo de Toledo. Catálogo de la exposición* (23 enero — 30 de junio 2007, Toledo, Museo de Santa Cruz), Ed. Empresa pública Don Quijote 2005 S.A., 2007, págs. 2-4

¹²³ “Fuero Juzgo en latín y castellano, cotejado con los más antiguos y preciosos códices”, *Biblioteca virtual Miguel de Cervantes*, Real Academia Española, 1971, pág. 104.

¹²⁴ *“La merced es mirada como un incentivo que pone al culpado en condiciones de enmienda para poder obtenerlo. Mucho más lo había de ser en la antigüedad, que habiendo pocas gradaciones para la*

3.1.2.- Al-Ándalus y el Derecho islámico

Los musulmanes entran en la Península Ibérica en el 711 (en ayuda de los hijos del visigodo Witiza), venciendo a Don Rodrigo en la batalla de Guadalete. Este fue el inicio de la conquista del territorio cristiano que, en pocos años, conformará una amplia zona de territorio musulmán en la Península bajo la dirección político-religiosa del Califato de Damasco. Este territorio será llamado *Al-Ándalus*.

El Derecho en *Al-Ándalus* fue el Derecho musulmán, por cuanto todos los territorios musulmanes se regían por la sujeción de sus súbditos a la única ley que fue revelada por *Allah* a su profeta Mahoma. No es un derecho territorial, pues está basado en el principio de la personalidad, netamente religioso, que se sintetiza en los siguientes puntos: única ley, la divina, revelada al profeta y no existe más legislador; la ley islámica regula toda la conducta del *muslim* o del sometido a ella; la ley obliga en conciencia, su transgresión es pecado, ofensa a Dios; en la tierra, no obstante, existe un representante del orden divino, que debe velar por la fiel interpretación de la voluntad divina y por su estricto cumplimiento, sancionando terrenalmente su infracción¹²⁵.

clasificación de las penas, tendían éstas más a la supresión del criminal, como miembro corrompido de la sociedad, que a la posible corrección y enmienda del culpado” Herrero Bernabé, I., “Antecedentes históricos del Indulto”, *ob. cit.*, pág. 696

¹²⁵ “Habitualmente consideramos el Derecho como un fenómeno necesariamente circunscrito a límites territoriales, hallándonos casi siempre con la seguridad de que a un sistema jurídico corresponde un área jurídica territorialmente definida (el Estado, por ejemplo). Y precisamente los órganos legislativos de esa comunidad político-territorial suelen ser los productores del Derecho, usándose también unos medios coactivos adecuados para darle efectividad. Pues bien, ante el Derecho islámico estos esquemas caen en su base. Porque el imperio de los sucesores de Mahoma está fraccionado, aplicándose el Derecho musulmán a las nuevas organizaciones político-territoriales. En ellas no hay órganos legislativos, la Ley es una, la revelada por Allah a su Profeta (Mahoma). Esta es una diferencia esencial respecto a los Derechos de corte germánico, en los que tiene una función legislativa la asamblea del pueblo. Pero también es un

El Derecho musulmán es un producto de la conciencia, religioso, ético y no de mera ordenación social, por lo que la sujeción al derecho resulta de una convicción, personal y colectiva, sobre el cumplimiento de la ley única, sin delimitaciones territoriales. Podemos, por ello, considerar que el derecho en *Al-Ándalus* no distaba en su estructura y contenido de la ordenación jurídica del resto de los territorios musulmanes¹²⁶.

El Islam, como comunidad religiosa y política, supone una simbiosis de Estado y religión, no limitada por elementos territoriales de poder. Será musulmana, con independencia de lugar donde radique, la estructura social, política y jurídica, basada en la superioridad de la ley de *Allah*.

Cuestión diferente será la ocasional tenencia del poder terrenal, que en todo caso, se debe ejercer desde los límites indisponibles del Corán y su interpretación por parte de los sabios. La génesis del derecho y el poder real no se encuentran unidos en un mismo titular, sino que se sitúa en

Derecho diferente del romano, ya que es de una enorme amplitud, con la intención de obligar en conciencia a sus súbditos. LOPEZ ORTIZ nos ofrece una descripción del Derecho musulmán bastante certera: «Regulación, dimanante de la voluntad de la Divinidad, de toda la conducta del musulmán aun en esferas del todo heterogéneas a lo que hoy entendemos por jurídico, cuya transgresión es principalmente considerada como pecado, y como tal sancionada por Dios mismo con castigos ultraterrenos, aunque sin excluir una organización estatal, representante de Dios o, al menos, de su Profeta y por ello facultada y obligada a mantener en su pureza el orden querido por el Supremo legislador, aplicando para ello medios coactivos apropiados.» Centro Universitario de Estudios Superiores, “El islam en Al-Ándalus: estructura jurídico-social y organización política”, *Instituciones históricas en el Derecho español*, pág. 3

¹²⁶ “Cuando un Derecho es más un producto de conciencia, un producto ético, un producto religioso, que el resultado de una mera ordenación social –como lo es el Derecho musulmán–, el campo de aplicación de ese Derecho busca sus principios en el concepto de personalidad. El ordenamiento jurídico musulmán está basado en este principio de personalidad y, por tanto, una solución dada por una de las escuelas jurídicas aplicada a los musulmanes de Egipto, es igualmente válida para los musulmanes de la misma escuela de Marruecos, aunque se traten de países o Administraciones distintas. Esto explica que una gran parte de los alfaquíes de al-Ándalus fueran a estudiar jurisprudencia a ciudades de Oriente y Norte de África, es decir, a otros entes políticos totalmente diferentes e incluso enemigos de la España musulmana, y que su aprendizaje fuera decisivo en la formación del *fiqh*, del Derecho andalusí, ya que la única limitación al principio de personalidad en la aplicación del Derecho en el Islam viene dada por la necesidad solamente de pertenecer a una misma escuela jurídica” Martos Quesada, J., “Islam y Derecho. Las escuelas jurídicas en el Al-Ándalus”, *Arbor: Ciencia, pensamiento y cultura*, núm. 731, 2008, pág. 435

ámbitos diferentes, sin que el poder tenga la posibilidad de imponer una interpretación del derecho diferente a la que efectúan los sabios¹²⁷. Para Martos Quesada, *“La revelación divina es el principio supremo que sigue la existencia islámica y, por tanto, ninguna institución es extraña a la vida religiosa; todo acto humano para el musulmán expresa, en última instancia, una auténtica sumisión a Allah, estableciéndose los premios y castigos de los actos hechos en este mundo en una vida futura, según los define la moral relevada. Con este carácter sobreestatal, extramundano, escatológico, se revestirán, de una forma sutil, todas las normas, leyes e instituciones que regirán en el desarrollo de la vida cotidiana y en la búsqueda de soluciones a las necesidades sociales que se presentan”*¹²⁸.

El Derecho musulmán medieval se ejerce por la delegación de funciones judiciales del califa en el *cadí* –juez-. El califa debe mantener la ley y la deberá administrar con justicia –a través del *cadí*-, pero la creación del derecho no está unida al poder –a diferencia de las monarquías en otras sociedades- pues corresponde a los especialistas estudiosos del derecho –*alfaquíes*- que construyen todo el sistema jurídico a partir de los textos revelados –Corán y *sunna*-¹²⁹.

¹²⁷ “El *Ijma*, que significa el consenso de los sabios (...) y a aquellos de vosotros que tengan autoridad y conocimiento (...) y esa autoridad se da solo por estudio y preparación académica, estos sabios son llamados *Ulemas* que en virtud de un hecho o una consulta, llegan a un consenso sobre el asunto (*Ijma*) siempre siguiendo como principio rector el Corán y la *Sunnah*, son los jueces islámicos (*qaddi*) los que posteriormente aplican la solución abordada por el *Ijma* al caso concreto. El *Ijma* asegura a la comunidad musulmana la integración de distintas opiniones, el reconocimiento de nuevos principios que van hallando cabida en el curso de los tiempos. Significa, en fin, la adecuación del nuevo derecho a la sociedad, y al mismo tiempo, de la sociedad a las normas que pacientemente van surgiendo del proceso de elaboración” Orlando, P., “El derecho penal islámico y su concepción de la pena”, *Derecho y humanidades*, núm. 16, vol. 1, 2010, pág. 211

¹²⁸ Martos Quesada, J., “Islam y Derecho. Las escuelas jurídicas en el Al-Andalus”, *ob. cit.*, pág. 433

¹²⁹ “Estos especialistas, estos *alfaquíes*, tienen como tarea la construcción de un sistema jurídico a partir de unos textos revelados e inmutables –Corán y *sunna*–, a los que se le puede aplicar ciertos principios metodológicos como la *iyma*’ (consenso) o el *qiyas* (razonamiento o interpretación), pero que tienen su justificación en sí mismos, sin que haya necesidad de acudir a principios de Derecho Natural para legitimarlos. Estos juristas, considerados ellos mismos más como gente de religión que como legisladores,

La superioridad de la ley sagrada determina su total inmutabilidad. No existe un poder “creador” terrenal, ni, por tanto, un poder “modificador” de la ley que tenga autoridad para excepcionar su cumplimiento, por lo que el perdón –*derecho de gracia*–, solo puede producirse si la ley así lo prevé. La *gracia* no es expresión del poder terrenal, sino determinación de Dios y no es disponible salvo en los supuestos tasados por la ley.

Y el perdón se encuentra regulado en el Corán, como decisión particular del perjudicado respecto al castigo que correspondería imponer al autor por la Ley del Talión (recordemos que ésta ya se encontraba recogida en el Derecho en la antigua Mesopotamia y en el Derecho mesiánico, como determinación de la pena aplicable). Dice el Corán: *“¡Creyentes! Se os ha prescrito la ley del talión en el asesinato: libre por libre, esclavo por esclavo y hembra por hembra. Pero si a uno su hermano le perdona algo, que este proceda según lo reconocido y que él lo entregue buenamente. Esto es un alivio que Allah os da y una misericordia. Pues, quien vaya más allá de estos límites (tratando de vengarse del homicida), tendrá un castigo doloroso (el día del juicio)”*¹³⁰.

El perdón no se configura como un acto de poder, sino como la decisión individual del perjudicado, que es posible sólo desde la propia voluntad

elaboran leyes, bien emanándolas de sus estudios de las fuentes del Derecho, bien respondiendo a consultas jurídicas sobre aspectos y temas de la más diversa índole, o bien como responsables directos de la elaboración de sentencias. Así pues, la imagen de una serie de alfaquíes dando a luz una cascada de normas y la ausencia de un poder central que controle la elaboración del Derecho, puede presentarnos al sistema jurídico islámico como algo anárquico e incoherente –como de hecho ha sido definido por varios historiadores–⁹, lo cual es falso ya que la labor de estos juristas se encuentra condicionada y limitada por la necesaria referencia a unos principios intocables, por el Derecho consuetudinario existente en cada región –respecto del cual actúan como catalizadores– y por los límites que le impone su pertenencia a una determinada escuela jurídica y, por tanto, a una determinada metodología” Martos Quesada, J., “Islam y Derecho. Las escuelas jurídicas en el Al-Ándalus”, *ob. cit.*, pág. 434

¹³⁰ Sagrado Corán, *Sura de La Vaca* versículo, 178. *Cit.* en Orlando, P., “El derecho penal islámico y su concepción de la pena”, *ob. cit.*, pág. 214

de éste. Es acto de compasión y misericordia personal, al que el Corán apela como forma de perfección del individuo, como manifestación de su religiosidad¹³¹. El poder terrenal, en la comunidad musulmana, no tiene su legitimación en la voluntad sagrada, ni tampoco en la voluntad de la sociedad. Se legitima en su detentación, por lo que debe implantarse y conservarse por medios coactivos. El poder se legitima por su posesión efectiva. Y en consecuencia, el poder no tiene capacidad para alterar las previsiones de la ley única, ni para alterarla ni interpretarla. El *derecho de gracia*, no se manifiesta en *Al-Ándalus* como una potestad del poder.

Sin embargo, no puede considerarse que con la invasión musulmana y el sometimiento del territorio peninsular se produjese el total y absoluto desplazamiento del Derecho visigótico, en particular el *Liber iudiciorum*. Por la ausencia de un sistema jurídico integral en el Derecho musulmán con capacidad de sustituir al derecho existente, se mantuvo la vigencia del *Liber Iudiciorum*, desde el S. VII al XII, rigiendo éste a la población española bajo el dominio musulmán¹³².

¹³¹ “El significado de perdonar es dejar la aplicación del Talión. Si el culpable es perdonado por el representante del fallecido (wali), que pueden ser familiares directos o su representante, este debe dar la indemnización (diía) y entregarla de buena forma (sin atraso), y el representante debe comportarse con él de buena forma también. Es Dios en el Corán el que nos informa cuál es el bien jurídico a proteger, y no como medio de castigo, ni menos, de represalia y venganza, apela a la ética, al perdón y misericordia de los involucrados, sin dejar de lado la dura advertencia para toda la sociedad el efecto y sanción que tiene el incumplir en delitos de semejante gravedad: “En el talión tenéis vida ¡Oh vosotros que sabéis reconocer la esencia de las cosas! Quizá así os guardéis” (Sura de la Vaca, versículo 179). Y en otro versículo dice Dios en el Corán apelando a la misericordia humana y al perdón: “Quien renuncie por generosidad, le servirá de remisión”. (Sura La Mesa Servida versículo 45) “En el talión tenéis vida”. Su significado, según lo que relata Sufián, de As-Suddi, de Abu Málik, es: “No os mataréis los unos a los otros” (...) Dios en el Corán apela a la compasión y perdón así también a la misericordia de los involucrados dentro del proceso judicial y los beneficios que ello tiene para la religiosidad de cada uno, pero a la vez, sin dejar de lado la dura advertencia para toda la sociedad el efecto y sanción capital que tiene el incumplir en delitos de semejante gravedad” Orlando, P., “El derecho penal islámico y su concepción de la pena”, *ob. cit.*, págs. 215 y 216

¹³² “En los poco documentados siglos desde el VII al XII la población española bajo dominio musulmán siguió rigiéndose por el *Liber iudiciorum* visigótico, de igual modo que las regiones que iban siendo liberadas de los musulmanes, texto que al ir envejeciendo fue siendo sustituido por derechos locales tanto escritos como consuetudinarios; también en la práctica había zonas en que había sido borrado aquel

3.2.- El derecho de gracia en la Baja Edad Media

El fraccionamiento del poder en la Baja Edad Media en España quedó patente en la multiplicidad de reinos y poderes que convergían en todo el territorio peninsular. Los reinos cristianos del norte, progresivamente fueron avanzando hacia el sur, ocupando los territorios bajo el dominio musulmán. El predominio musulmán hasta el siglo XI, dio paso a una alternancia-equilibrio de los poderes entre reinos cristianos y reinos de taifas en los siglos XI al XIII, que acabó por culminar con el dominio del territorio peninsular por parte de los Reyes Católicos, con la conquista de Granada en 1492, reunificando el modelo unitario visigodo de los S. V y VI.

La recepción del *ius commune* en España dependió de los avances de la reconquista en territorios dominados por los musulmanes. Para Torrent *“El vigoroso principio princeps legibus solutus traído de la impronta romana atrajo apoyo de los reyes hispánicos a los principios romanísticos del ius commune con la idea de soberanía del rey sobre los súbditos que encontraban en el ius commune del renacimiento jurídico medieval una base firme para consolidar su poder. Pero la dispersión de los reinos hispánicos, y la dominación musulmana en parte de España hizo que la recepción fuera prácticamente nula en Andalucía hasta la liberación de Sevilla en 1248 por Fernando III el Santo, padre de Alfonso X el Sabio. De nuevo este gran rey inspirador de Las Siete Partidas (1265) muy influidas*

derecho local, en muy pocas ocasiones impregnado de germanismo” Torrent, A., “La recepción del Derecho justiniano en España en la baja Edad Media (siglos XII-XV). Un capítulo en la historia del Derecho europeo”, *Revista internacional de Derecho romano*, abril, 2013, págs. 51 y 52

*por el romanismo de los glosadores, volvió a situar el ius romanum ahora con aportaciones canónicas elemento primordial del derecho hispánico*¹³³.

El pilar fundamental del derecho común bajo medieval es, a partir del S. XII, el Derecho romano justiniano, que en el S. XIII va a tener en Las Partidas el principal eje del derecho: *“Como consecuencia de la invasión musulmana y la lenta Reconquista, hasta el s. XIII, dominaron en los territorios arrebatados a los árabes de un lado el Liber iudiciorum con una fuerte inspiración teodosiana, pero a la vez las ciudades liberadas se iban proveyendo de una legislación particular: Fueros, probablemente los instrumentos más representativos del derecho medieval español*¹³⁴.

Siguiendo a Herrero¹³⁵, los textos jurídicos en la Baja Edad Media donde se explicita el *derecho de gracia*, serían el Fuero Real, Las Partidas, y el Ordenamiento de las Cortes de Briviesca. Dichos textos jurídicos son la plasmación efectiva del nuevo derecho real, influencia de los glosadores y los canonistas.

El Fuero Real, obra del Rey Alfonso X de Castilla, fue la recopilación del derecho tradicional castellano. Redactado entre 1252 y 1255 en lengua castellana, pretendía homogeneizar el derecho de todos los territorios de la Corona de Castilla, a modo de un nuevo fuero, que fue concedido por privilegio a Aguilar de Campoo (1255) y a ciudades de realengo (Burgos, 1256, Madrid, 1263, Valladolid, 1265). En el Fuero Real se consideraba al perdón concedido por el Rey *“como uno de los medios por el que el*

¹³³ Torrent, A., “La recepción del Derecho justiniano en España en la baja Edad Media (siglos XII-XV). Un capítulo en la historia del Derecho europeo”, *ob. cit.*, pág. 43

¹³⁴ Torrent, A., “La recepción del Derecho justiniano en España en la baja Edad Media (siglos XII-XV). Un capítulo en la historia del Derecho europeo”, *ob. cit.*, pág. 59

¹³⁵ Herrero Bernabé, I., “Antecedentes históricos del Indulto”, *ob. cit.*, págs. 696 y ss.

acusado se ve libre de la acusación, pero con la salvedad de que aun no queriéndolo así el acusador, el perdón real operaría tales efectos, esto es, (...) «si el rey por algún gozo que hubiere como si le naciere fijo varón o venciere en batalla lo que quitare sea quito maguer no quiera su acusador» (Fuero Real IV, 20, 14)”¹³⁶. El perdón es un atributo del poder del Rey, un acto de magnanimidad de la majestad, caracterizado por la voluntariedad y la absoluta discrecionalidad en su decisión.

En las llamadas Leyes de Estilo -colección de 252 prácticas del tribunal de la Corte en aplicación del Fuero Real hacia 1300, que contiene *estilos* de los reinados de Alfonso X, Sancho IV y Fernando IV-, se considera al perdón real como medio de embargar el derecho escrito -ley-: *“En la ley 238 el tribunal de la corte declara los casos en los que puede embargar el derecho escrito, es decir, las leyes. Según la mencionada disposición, el derecho escrito puede ser contrariado, en primer lugar, por la “costumbre usada... si es razonable”. En segundo lugar, por la “postura, que hayan puesto las partes entre sí”. En tercer lugar, por el “perdon del rey quando perdona la justicia”. La cuarta, “quando fazen ley de nuevo que es contraria al otro derecho escrito, con voluntad de fazer ley”. Y, por último, “el derecho natural” cuando “es contra el derecho positivo”¹³⁷.*

¹³⁶ “El Fuero Real reconocía que la voluntad real estaba muy por encima de la privada o particular, y la acusación desaparecería en cuanto a sus efectos y repercusión para aquel que obtiene la gracia del Rey, aun cuando no ha sido sentenciado, puesto que solamente se habla de acusación (...) el Fuero Real está haciendo referencia a aquellos perdones que el Rey concede por propia iniciativa, por motivos de interés general para todo el Reino (...) sin embargo en Las Partidas se dice que el Rey solamente perdona su Justicia” Rodríguez Flores, M.I., “El perdón real en Castilla (siglos XIII-XVIII)”, Universidad de Salamanca, 1971, pág. 120. Igualmente, Herrero señala el Fuero Real I,2,1 “el perdonar la pena al reo es algo que hace el Rey si quiere, a lo que puede moverle la piedad o merced” Herrero Bernabé, I., “Antecedentes históricos del Indulto”, *ob. cit.*, pág. 696

¹³⁷ Sánchez-Arcilla Bernal, J., “La teoría de la ley en la obra legislativa de Alfonso X el Sabio”, *Alcanate VI*, 2008-2009, pág. 99. Añade Herrero las leyes 38, 39, 126, 141 y 224, como legislación de los indultos reales en las Leyes de Estilo. Herrero Bernabé, I., “Antecedentes históricos del Indulto”, *ob. cit.*, pág. 697

La redacción definitiva de las Leyes sobrevino en el año 1265 articulada en siete libros con el nombre de Siete Partidas que fue la obra legislativa de mayor relieve en la historia jurídica bajomedieval. Para su confección se utilizaron textos de filósofos como Aristóteles, Séneca y Boezio, y de teólogos como Santo Tomás de Aquino¹³⁸.

En Las Partidas se regula expresamente el *derecho de gracia* en el Título XXXII *De los perdones*. Comienza el Título diciendo que *“Misericordia es merced, e gracia, que señaladamente deven aver en si los Emperadores, e los Reyes e los otros grandes Señores que han de judgar e de mantener las tierras”*, y contrapone el modo de impartir la justicia al perdón y a la misericordia, perdonando las penas que merecen sufrir¹³⁹.

¹³⁸ *“En opinión de Santo Tomás, la mansedumbre y la clemencia son dos virtudes íntimamente relacionadas entre sí, pero distintas. La mansedumbre modera la pasión de la ira²³⁶, y por ello radica en el apetito irascible. Se le opone la iracundia. La clemencia, en cambio, mitiga el castigo externo que debe aplicarse a alguien, y debe radicar en la voluntad, donde también lo hace la justicia. Tanto una como otra miran a la razón, como corresponde a toda virtud moral: en el caso de la mansedumbre, en cuanto que sujeta el apetito irascible a la razón, moderando la pasión de la ira a lo conveniente según ese orden de la razón. En el caso de la clemencia, porque tiende a aminorar los castigos cuando y como conviene, es decir, según la recta razón. Y ambas designan cierto freno en su obrar, aplicando el modo de obrar característico de la templanza a sus materias secundarias propias: ira y penas. Por eso, se relacionan con la templanza como partes potenciales suyas, aunque quizás la clemencia, al moderar un acto externo (el castigo). En cuanto a la crueldad, que se opone a la clemencia, consiste en “cierta atrocidad de espíritu en exigir las penas”, como dice Séneca, y recoge Santo Tomás. Es decir, se tiene en cuenta la culpa del castigado, pero se excede en el modo de castigar, como exigiría el orden de la razón”* Bague, J., *“Las partes de la templanza según Santo Tomás de Aquino”*, Tesis doctoral, Facultad Eclesiástica de Filosofía de la Universidad de Navarra, 2007, pág. 40

¹³⁹ *“Misericordia es merced, e gracia, que señaladamente deven aver en si los Emperadores, e los Reyes, e los otros grandes Señores, que han de judgar, e de mantener las tierras. Onde, pues que en el ante deste fablamos de la justicia que deven fazer contra los que caen en los yerros, queremos aqui decir de los Perdones, e de la misericordia que deven aver a las vegadas contra los que yerran, perdonandoles las penas, que merecieren sofrir segund sus fechos. E demostraremos, que quiere dezir Perdon. E quantas maneras son del. E quien lo puede fazer. E a quien. E sobre quales razones. E en que tiempo. E que pro viene del. Otrosi diremos, que cosa es Misericordia, e Merced, e Gracia. E que depártimiento ay entre ellos”* *“Siete partidas del Sabio Rey D. Alonso el IX, con las variantes de más interés y con la glosa del Lic. Gregorio López, del Consejo Real de las Indias de S.M.”*, Título XXXII, Barcelona, 1844, pág. 423

En la Ley 3^a diferencia entre la misericordia, merced y *gracia*, intitulada “*Que departimiento han entre si Misericorda, e Merced, e Gracia*”¹⁴⁰. La Ley 1^a del mismo Título atribuye la potestad de perdonar, no sólo al Rey sino también al “*Señor de la tierra*”, y distingue entre el perdón general a todos los presos por un acontecimiento dichoso o por una celebración –así los indultos de Viernes Santo- y el perdón a un hombre concreto, a petición de una persona honrada, o como compensación a un servicio realizado, o bien por la bondad del Rey, bajo el título “*Que quiere dezir Perdon, e quantas maneras son del, e quien lo puede fazer, e a quien, e por que razones, e en que tiempo*”¹⁴¹. En la Ley 2^a “*Que pro viene al ome por el perdon que faze el Rey*”¹⁴², diferencia entre perdón otorgando antes de

¹⁴⁰ “*Ley 3. Que departimiento han entre si Misericorda, e Merced, e Gracia. Misericordia, e merced, e gracia, como quier que algunos omes cuydan que son vna cosa, pero departimiento ay entre ellas. Ca misericordia propiamente es, quando el Rey se mueue con piedad de si mismo, a perdonar a alguno la pena que deuia auer doliendose del, viendole cuytado, a mal abundante; o por piedad que ha de sus fijos, e de su compañía. Merced, es perdon que el Rey fazé a otro, por mérescimiento de seruicio que le fizo aquel a quien perdona, o aquellos de quien el descende; e es como manera de gualardon. E Gracia non es perdonamiento, mas es don que faze el Rey a algunos, que con derecho se puede escusar de lo fazer, si quisiere. E como quier que los Reyes deuen ser firmes; e mandar cumplir la justicia; pero pueden, e deuen a las'vegadas, vsar destas tres bondades, assi como de misericordia, e de merced, e de gracia*” Ley 3, Título XXXII, “*Siete partidas del Sabio Rey D. Alonso el IX, con las variantes de mas interés y con la glosa del Lic. Gregorio López, del Consejo Real de las Indias de S.M.*”, *ob. cit.*, págs. 426 a 430

¹⁴¹ “*Ley 1. Que quiere dezir Perdon, e quantas maneras son del: e quien lo puede fazer, e a quien, e por que razones, e en que tiempo. Perdon tanto quiere dezir, como perdonar al ome la pena, que deue rescibir por el yerro que auia fecho. E son dos maneras de perdon. La vna es, quando el Rey, o el Señor de la tierra, perdona generalmente a todos los ornes que tiene presos, por grand alegría que ha en si; assi como por nascencia de su fijo, o por victoria que aya auido contra sus enemigos, o por amor de nuestro Señor Jesu Christo, assi como lo vsan a fazer el Viernes Santo; o por otra razon semejante destas. La otra manera de perdon es, quando el Rey perdona alguno, por ruego de alguno Perlado, o de Rico ome, o de otra alguna honrada persona ; o lo faze por seruicio que ouiesse fecho a el, o a su padre, o aquellos de cuyo linaje viene, aquel a quien perdona; o por bondad, o sabiduria, o por gran esfuerco que ouiesse en el, de que pudiesse a la tierra venir alguno bien; o por alguna razon semejante destas : e atales perdones como estos non ha otro poder de los fazer, si non el Rey*” “*Siete partidas del Sabio Rey D. Alonso el IX, con las variantes de más interés y con la glosa del Lic. Gregorio López, del Consejo Real de las Indias de S.M.*”, Ley 1, Título XXXII, *ob. cit.*, pág. 424

¹⁴² “*Ley 2ª. Perdonan a las vegadas les Reyes a los omes las penas, que les deuen mandar dar por los yerro que auian fecho. E si tal perdon fizieren ante que den sentencia contra ellos, son porende quitos de la pena que deuen auer, e cobran su estado, e sus bienes, bien assi como los auian ante; fueras ende quanto a la fama de la gente, que gelo retraeran, maguer el Rey lo perdone. Mas si el perdon les fiziere despues que fueren judgados, estonce son quitos de la pena que deuen auer en los cuerpos porende. Pero los bienes, nin la fama, nin la honrra, que perdieron por aquel juyzio que fue dado contra ellos, non lo*

dictarse sentencia condenatoria, que permite la recuperación integral de estado y bienes del perdonado -a modo de una *restitutio in integrum*- del que se concede después de ser juzgados y condenados, que remitirá la pena pero no recuperará los bienes, ni la fama ni la honra, salvo que así lo estableciese el Rey expresamente al conceder el perdón¹⁴³.

cohraran por tal perdonamiento; fueras ende, si el dixesse señaladamente, quando lo perdona, que le manda entregar todo lo suyo, o tornar en el primero estado; ca estonce lo cohraran todo” Ley 2, Título XXXII, “Siete partidas del Sabio Rey D. Alonso el IX, con las variantes de más interés y con la glosa del Lic. Gregorio López, del Consejo Real de las Indias de S.M.”, ob. cit., págs. 425 y 426

¹⁴³ *“La motivación de la indulgencia obedecía a razones que perdurarían en el tiempo. Así por faustos acontecimientos se concedían los primeros y por ruego al Monarca por servicios a él prestados se otorgaban los segundos. En cuanto a los efectos del perdón se diferenciaba entre que los perdonados se hallasen pendientes de juicio o hubieran sido condenados. En el primer supuesto el perdón a los delincuentes era muy favorable, extinguiéndose no sólo la pena sino también la responsabilidad penal hasta el punto de recobrar la situación anterior al delito. En el segundo se extinguía la pena corporal o de privación de libertad, y no así las penas subsidiarias ni la responsabilidad penal contraída, así no recobraba ni la honra ni la fama ni los bienes que perdieron en virtud de la sentencia, salvo el caso en que otra cosa se expresase en el perdón. Conceptualmente tiene interés destacar las precisiones terminológicas recogidas en aquellas que establecen la distinción entre la misericordia, la merced y la gracia atendándose a que el perdón se hubiera otorgado por «espontáneo sentimiento de piedad del Rey», por «servicios prestados por el beneficiario o sus ascendientes», o por concesión gratuita y voluntaria. Así la gracia se diferenciaría de los anteriores conceptos de misericordia y de merced en que no requiere una especial motivación para su concesión sino que se fundamenta exclusivamente en la mera liberalidad (...) El perdón aparecía limitado en los casos de alevosía, traición y perjuicio de tercero, supuestos en los que no se debía conceder. En La Ley XII del Título XVIII, Partida III, se aprecia en la redacción de la misma, que ha presidido un alto espíritu de justicia y equidad. El Rey puede perdonar a un criminal el cumplimiento de la condena que le haya sido impuesta; pero no en absoluto, sino con las limitaciones del derecho que sobre tal delincuente indultado puedan tener los demás ciudadanos, por querrela que contra el mismo hubiesen interpuesto o interpusieren, y en los términos que dicha ley determina (Ley XII, del Título XVIII, Partida III. «En qué manera debe ser hecha la carta cuando el rey perdona a alguno de malfetría que haya hecho porque yaga en pena de cuerpo o de haber, debe ser hecha la carta en esta manera. Como sepan los que vieren, que tal rey perdona aquel o aquella que fuere nombrado en la carta de tal culpa en que yacía e que le da por libre, salvo esto alevé o traición e que manda que ninguno no sea osado de demandarle ninguna cosa por esta razón. Más por tal carta como ésta no se entiende que se puede excusar de hacer derecho por el fuelo a los que querrela hubieren de él, que el rey no quita en tal carta como ésta si no tan solamente la su justicia, no otrosi no es libre sino de aquella cosa que señaladamente fuere nombrada en la carta de que el rey le perdona: e debe decir en ella si le perdona por ruego de alguno o por servicio que aquel o aquellos le habían hecho a quien hace el perdón. E esta carta deber ser sellada así como dijimos en la ley antes de ésta».) (...) En la Partida Séptima, se deduce que el perdón en esa época, no sólo era concedido por el Monarca, sino por nobles y señores, y que la «clemencia» o perdón era dividida en dos clases o maneras de perdón, correspondiente a los denominados indultos particulares y generales” Herrero Bernabé, I., “Antecedentes históricos del Indulto”, ob. cit., págs. 697 a 699*

Como última referencia, la cita al Ordenamiento de Cortes de Briviesca, con carácter de legislación real de aplicación territorial, del año 1387, la cual pertenece al sistema jurídico de la recepción del derecho común. En él se contiene la enumeración de actos que el Rey puede decidir sin consentimiento de su Consejo Real, y de aquellos otros para los cuales necesita aprobación de aquél hasta el punto que estos últimos no tienen valor si no están ratificados por, al menos, dos o tres consejeros reales. Dice Linde Paniagua, del ordenamiento de las Cortes de Briviesca: “*Juan I intenta centralizar en el Rey la potestad de clemencia basándose en el abuso de la utilización*”¹⁴⁴ del *derecho de gracia*¹⁴⁵.

4.- El derecho de gracia en el Estado moderno

Con el renacimiento del Derecho romano *el derecho de gracia* volvió otra vez a ser atributo del monarca, que se consolidará de forma definitiva con la monarquía absoluta. El paso del poder difuso –en la Edad Media– al poder concentrado conformará el modelo de la potestad de *gracia* que perdurará hasta nuestros días. La vinculación del *derecho de gracia* con la soberanía del Estado, hará de ésta un elemento indisoluble del poder, aun en el Estado constitucional. La subsistencia del *derecho de gracia* en los modelos constitucionales, advierte que éste se ha configurado en los cimientos mismos del Estado.

¹⁴⁴ Linde Paniagua, E., “Amnistía e indulto en España”, *ob. cit.*, pág. 33

¹⁴⁵ “El rey Juan I para poner coto al abuso y utilización excesiva de los indultos expresó que «(...) porque de fazer los perdones de ligero se si- gue tomar los omes osadía para fazer mal (...)» Disponiendo centralizar en el Rey la potestad de la clemencia, de tal manera que ningún indulto fuera válido si no era firmado y sellado por el rey, y que sólo sirviera para el delito señalado en la carta. Recogido en la Ley de Gracia de Indulto vigente. Manda también que no se concediera perdón general. Desde entonces puede hablarse de la consolidación en el rey de la potestad de la concesión de la clemencia de modo exclusivo” Herrero Bernabé, I., “Antecedentes históricos del Indulto”, *ob. cit.*, pág. 700

4.1.- El derecho de gracia en la monarquía absoluta

El colapso del modelo bajo medieval determinó la génesis de un sistema fundado en el nuevo concepto de soberanía¹⁴⁶, que se afirma en la paz de Westfalia (1648). La pluralidad de los poderes que caracterizó a la Edad Media, la dispersión del ejercicio de los poderes en diferentes territorios y súbditos que quedaban bajo la jurisdicción de sus titulares, entró en crisis. Los motivos de tal cambio –mejor dicho, evolución-, son múltiples (la creación de ejércitos permanentes, la emergente burguesía partidaria de la concentración del poder como factor de seguridad, el auge de las ciudades, el comercio, la secularización del Estado, descubrimientos, la necesidad de un único ordenamiento) pero en esencia, son el progresivo avance natural de la sociedad y la necesidad de un sistema único, fortalecido y estatal, emancipado del poder eclesiástico.

No es objeto de este trabajo realizar un estudio sobre la aparición del Estado. Sirva a efectos de la presente, que de la atomización de poderes de la Edad Media, se pasará al sistema estatal que funda sus elementos -según el modelo de Estado-nación- en un poder único (soberanía), un único espacio físico (territorio en el cual se ejercerá la soberanía), y un único colectivo humano (el pueblo sobre el cual ejercer la soberanía)¹⁴⁷.

¹⁴⁶ “El proceso histórico que llega al concepto de soberanía nace en Francia, como consecuencia de la lucha que la Monarquía sostiene contra la Iglesia, contra el Imperio y contra los señores feudales, merced a la cual va afirmando el País su independencia con respecto a otros Poderes exteriores o interiores, y es Bodino quien construye la doctrina, para justificar la condición de Estado, sin necesidad de trabas o reconocimientos ajenos. Pero sin embargo el mismo Bodino inicia luego la confusión. Al enumerar los signos de soberanía, porque éstos son los del Poder (hacer Leyes, etc.); y por si aún fuese poco, viene más tarde la confusión con un órgano, con el Príncipe. De ahí tres nociones de Soberanía, que todavía perturban una clara visión”. Pérez Serrano, N., “Tratado de Derecho Político”, Civitas, Madrid, 1997, págs. 121 a 126

¹⁴⁷ “El concepto de soberanía, alcanzado después de largas luchas, es una nota esencial en su definición de Estado. “L’Etat est un droit gouvernement de plusieurs mesnages et de ce que leur es commun avec puissance souveraine». Esta definición del Estado de Bodino contiene algo esencialmente nuevo que no

Jellinek, considera que debe distinguirse entre un poder de *imperium o dominador* del que no lo es. Cualquiera asociación tendría este último, pero sólo el Estado gozaría del primero. Indica que debemos a Roma el criterio de la autoridad como fuente de todo poder, ora se manifieste éste con raigambre popular -como en la ficción de la *lex regia* (con la subsiguiente investidura, que enajenaba por completo el poder a favor del imperante) o en las definiciones de la Instituta ("*lex est quod populus romanus senatorio magistrato interrogante, veluti consuli, instituebat*")- ora se revele el poder como la emanación directa de la voluntad del Príncipe¹⁴⁸.

El modelo de Estado fundado en la unidad de poder, pueblo y territorio, va a tener en el absolutismo, también un único titular: el rey soberano. La fortaleza del nuevo modelo se funda en el monarca que personifica al Estado. La personificación del Estado en el monarca, determina que el poder soberano es una atribución regia predicable del rey-Estado donde el Rey patrimonializa a sus elementos configuradores. La creación de un ordenamiento jurídico -como manifestación de soberanía- corresponde al monarca, del cual emanan todos los poderes. Es con la ruptura de la preeminencia del Papa respecto al príncipe¹⁴⁹ -que fue facilitada por la

existía en la literatura anterior : que todo dominio sobre una pluralidad de familias, dotado de poder soberano, esto es, revestido de un poder supremo e independiente en lo exterior y en lo interior represente un Estado, esto ni nada análogo se había dicho antes de Bodino. Y tiene mucha razón él cuando se atribuye a sí mismo el servicio de haber sido quien por vez primera ha expresado este concepto de soberanía. Antes de él se reconoció uno de los aspectos de la soberanía: el de la independencia exterior y la suprema potestas de algunos príncipes, del emperador y del rey de Francia; pero la resolución de todos los elementos del concepto de la soberanía en una unidad, no tiene lugar antes de Bodino; a él se debe el que el comparativo souverain haya sido elevado definitivamente a superlativo y la superiorita a suprema potestas" Jellinek, G., "Teoría general del Estado", Ed. Comares, Granada, 1999, págs. 432 y 433

¹⁴⁸ Pérez Serrano, N., "Tratado de Derecho Político", *ob. cit.*, pág. 135

¹⁴⁹ "Ante la caída del Imperio de Oriente, la pretensión de hegemonización espiritual del Sacro Imperio Romano-Germánico frente al Papa, rompe el esquema de poder nacido con el cristianismo en beneficio de los Estados nacionales, secularizándose la vida política y disolviéndose el concepto de auctoritas al

incorporación del Derecho romano¹⁵⁰, cuando el rey asume la máxima y única autoridad del reino y ostenta todos los poderes.

En la obra de Bodin encontramos la expresión *“La suprema autoridad es el poder absoluto y perpetuo de una república, los latinos la llamaban Maiestate, los italianos señoría, los hebreos la dicen scieuet musar, es saber, la mayor autoridad de mandar. Y así es necesario fundar en esto la definición de suprema autoridad, por no haber jurisconsulto ni filósofo político que la haya definido, con ser punto muy necesario cuando se trata de Estado de República”*¹⁵¹.

Siguiendo a Torres del Moral *“En la pureza de los modelos, el principio monárquico significaba la soberanía del Rey, la concentración en él de todo el poder estatal, incluso su identificación con el Estado. La corona, dice García Pelayo, integró gentes, tierra, derechos y poderes en una unidad precursora de la idea de Estado. El Rey estaba por encima del Derecho; era solutus ex legibus, era absoluto. Si acaso no fuera una verdad histórica que Luis XIV dijera «el Estado soy yo», sí estaba en condiciones jurídico-políticas de decirlo”*¹⁵². El Estado es una creación del monarca, y determina que Rey y soberanía son elementos inherentes el uno respecto al otro, y consustanciales al modelo de poder¹⁵³.

transformarse en el de soberanía en cuyo seno se funden la auctoritas y la potestas” Fueyo Álvarez, J., “Estudios de Teoría Política”, Madrid, 1988, págs. 416 a 439

¹⁵⁰ Sobre el recepción del Derecho romano, Bártolo de Sassoferrato (1313-1357) principal figura de la Escuela de los comentaristas o postglosadores, determinante en la difusión del Derecho Justiniano en la baja Edad Media.

¹⁵¹ Bodin, J., “Los seis libros de la Republica”, Capítulo VIII. *Cit.* en Bermejo Cabrero, J.L., Centro de Estudios Constitucionales, Vol. I, Madrid, 1992, pág. 267.

¹⁵² Torres del Moral, A., “Concepción pansimbolista de la monarquía parlamentaria”, *Corts Anuario de derecho parlamentario*, núm. 15, 2004, pág. 188

¹⁵³ *“La legitimación del poder soberano se desarrollaba en dos grandes líneas. La primera de ellas, la teoría del Derecho divino de los reyes tomaba su origen de la concepción cristiana de la monarquía, aunque adaptándose a las nuevas circunstancias históricas. Si el monarca obtiene su poder de Dios, sólo pueden*

El poder Legislativo emana del Rey¹⁵⁴. Solo a éste corresponde la facultad de excepcionar la ley¹⁵⁵. La ley penal es la expresión de la capacidad coercitiva del Estado, y el castigo es igualmente expresión de poder del Estado. Y ambos le pertenecen al Rey¹⁵⁶. El perdón del castigo, es una manifestación equivalente y de signo contrario, a la facultad de castigar, por lo que sólo puede ser otorgado por quien ostenta la titularidad del poder del Estado. Solo el Estado puede castigar, y solo el Estado puede

*valorarse sus determinaciones en relación con la ley divina, nunca con la humana. Al mismo tiempo, sus poderes incluyen el de dictar leyes y sentencias de obligado cumplimiento por todos, lo que le coloca en la posición de creador del Derecho positivo, por lo que en él no puede fundarse su legitimación. Durante un tiempo, los Papas pretendieron mantener su superioridad sobre los Reyes, pero la fuerza de las cosas —y de las armas— se impuso y se estableció la doctrina de que la autoridad del Monarca provenía directamente de Dios. El ciclo de secularización del poder iniciado en el Renacimiento, pasa por la eliminación del apoyo eclesiástico al Derecho divino de los Reyes. La segunda línea toma su origen de la recepción del Derecho Romano del período imperial en el que se había consagrado ya la idea de la transmisión del poder del «senado y el pueblo romano» al Emperador, transmisión de la que se declararon sucesoras las monarquías dinásticas; en todo caso, importa señalar que se trata de un poder soberano, que no admite ningún otro superior al suyo en el exterior ni igual en el interior. Y es aquí donde se plantea el tema de la legibus soluta potestas, tema que podemos examinar al hilo del estudio de la actuación concreta del Poder” De la Cuétara Martínez, J.M., “Potestades administrativas y poderes Constitucionales: en torno al proceso de juridificación del poder”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 38, Ed. Civitas, Madrid, 1983, pág. 399*

¹⁵⁴ *“Es sólo en mi persona donde reside el poder soberano, cuyo carácter propio es el espíritu de consejo, de justicia y de razón; es a mí a quien deben mis cortesanos su existencia y su autoridad; la plenitud de su autoridad que ellos no ejercen más que en mi nombre reside siempre en mí y no puede volverse nunca contra mí; sólo a mí pertenece el poder legislativo sin dependencia y sin división; es por mi autoridad que los oficiales de mi Corte proceden no a la formación, sino al registro, a la publicación y a la ejecución de la ley; el orden público emana de mí, y los derechos y los intereses de la Nación, de los que se suele hacer un cuerpo separado del Monarca, están unidos necesariamente al mío y no descansan más que en mis manos” (Discurso de Luis XV al Parlamento de París el 3 de marzo de 1766)”. Cit. en Richet, D., “La Francia moderna”, Ed. Akal, 1997, pág. 41*

¹⁵⁵ *“Cuando el príncipe ha juzgado, ya no hay otro juicio. Los juicios soberanos se atribuyen a Dios mismo. Cuando Josafat estableció jueces para juzgar al pueblo dijo: No juzguéis en nombre de los hombres, sino en nombre de Dios (II Crónicas, 19, 6)... Es preciso obedecer a los príncipes como a la justicia misma. Ellos son dioses y participan de algún modo de la independencia divina. Sólo Dios puede juzgar sus juicios y sus personas. El príncipe puede corregirse a sí mismo si se da cuenta de que ha obrado mal; pero contra su autoridad sólo puede haber remedio en su autoridad” Bossuet, J., “Política sacada de las Sagradas Escrituras” (1679), Ed. Tecnos, 1974, pág. 72*

¹⁵⁶ *“Sólo al príncipe pertenece el mandato legítimo; por tanto, sólo a él pertenece la fuerza coactiva... En un Estado sólo el príncipe debe estar armado; de otro modo todo está en confusión y el Estado cae en la anarquía” Bossuet, J., “Política sacada de las Sagradas Escrituras”, ob. cit., pág. 72*

perdonar¹⁵⁷. La sola voluntad del Rey es suficiente para excepcionar su propio mandato¹⁵⁸: “*auctoritas, non veritas facit legem*” (“la autoridad, no la verdad, hace la ley”)¹⁵⁹ consagrando la potestad del monarca de poder estar por encima del derecho. Así, en la monarquía absoluta, el poder del Rey carecerá de límites jurídicos; “*princeps legibus solutus est*” (“el príncipe no está sujeto por la ley”)¹⁶⁰.

El *derecho de gracia* es pues una manifestación del poder absoluto del Estado. Siendo el Rey el titular de la soberanía en el Estado absoluto, el *derecho de gracia* se configura como un atributo propio del soberano, exclusivo y excluyente, que concentra los dos poderes que determinan el ejercicio del *derecho de gracia*: el poder Judicial y el Legislativo. Así el poder de condenar se encuentra indisolublemente unido al poder de no condenar o perdonar. La *gracia* se puede administrar de forma absoluta e ilimitada, y se caracteriza por la ausencia de todo elemento reglado en el procedimiento de su concesión.

El indulto, además, era un medio para afirmar la posición de poder del Rey ante sus súbditos. La clemencia –el perdón– forma parte del poder del príncipe que según Maquiavelo¹⁶¹ deberá ser además, un atributo del

¹⁵⁷ “En cuanto al derecho de gracia o sea, el de eximir a un culpado de la pena prevista por la ley y aplicada por el juez, diré que a él no pertenece sino al que está por encima de aquella y de éste, es decir, al poder soberano; y con todo, su derecho no es bien claro, siendo muy raros los casos en que se hace uso de él. En un Estado bien gobernado, hay pocos castigos, no porque se concedan muchas gracias, sino porque hay pocos criminales” Rousseau, J.J., “El contrato social” (1762), Ed. EDAF, 1983, pág. 84

¹⁵⁸ “*quod principi placuit legis habet vigorem*” (“lo que place al príncipe tiene fuerza de ley”) Ulpiano, en “Digesto” I, IV, 1, y en “Instituciones”, Libro primero.

¹⁵⁹ Hobbes, T., “*El Leviatán*” (1651), Ed. Universitaria, 1974, pág. 230

¹⁶⁰ Ulpiano, en “Digesto”, I, III, 31, y en “Instituciones”, I, II, 6

¹⁶¹ “Todos los príncipes deben desear ser tenidos por clementes y no por crueles. Y sin embargo, deben cuidarse de emplear mal esta clemencia (...) como el amor depende de la voluntad de los hombres, y el temer de la voluntad del príncipe, un príncipe prudente debe apoyarse en lo suyo y no en lo ajeno, pero, como he dicho, tratando siempre de evitar el odio” Maquiavelo, N., “El príncipe” (1513), Ed. Alba Longa, 2015, pág. 35

gobernante el cual tiene que ponderar la clemencia y la crueldad para el correcto ejercicio del gobierno. El binomio ira regia-merced regia, como mecanismo de gobierno¹⁶². El Rey suprema majestad puede castigar pero también puede perdonar. La clemencia es un remedio para ponderar los rigores de la norma penal, pero también es un instrumento al servicio de la figura del Rey afianzando su posición por encima de la propia ley, reconocido por sus súbditos como una institución superior al resto del Estado.

El indulto, no solo era una expresión del poder soberano, sino que era una regalía del monarca¹⁶³, entendida como *“Preeminencia, prerrogativa o excepción particular y privativa que en virtud de suprema potestad ejerce un soberano en su reino o Estado”*¹⁶⁴. El ejercicio de la gracia es una

¹⁶² *“En el marco de un sistema penal, instrumento de gobierno en manos de la monarquía, caracterizado por su dureza, ineficacia, utilitarismo y fuerte intención represiva, el perdón real dista mucho de ser una institución marginal. Los miles de perdones conservados vendrían a corroborar su importancia cuantitativa, pero en nuestra opinión no es su número lo más significativo. Lo verdaderamente trascendente es que son una de las mejores manifestaciones del poder absoluto. A imagen del Juicio Universal que el creador celebrará al final de los tiempos, el soberano ejerce su dominio en la tierra gratificando los esfuerzos de los destacados en su servicio y castigando la osadía de quienes atrevidamente desafiaron su voluntad. El binomio IRA REGIA - MERCED REGIA constituyó para el Estado absolutista uno de los mecanismos de gobierno más irresistibles. Él fue capaz de granjear los mejores apoyos y vencer las mayores resistencias. Los perdones al sacar son una ilustrativa experiencia práctica de esta filosofía: el dinero abonado por los transgresores del orden es destinado a premiar los desvelos de los más fieles (...) Desde el punto de vista jurídico el indulto era el contrapeso necesario a una legislación imperfecta, que dejaba a los jueces márgenes de arbitrio excesivos y había desarrollado insuficientemente la distinción entre delito doloso, culposo e involuntario. Compensaba a una justicia dura, que buscaba afanosamente la condenación del reo, y proclive a dictar las sentencias más severas sin reparar en eximentes ni atenuantes”* De Las Heras Santos, J.L., “Indultos concedidos por la Cámara de Castilla en tiempos de los Austrias”, *Studia Historica, Historia Moderna*, núm. 1, Universidad de Salamanca, 1983, pág. 135

¹⁶³ *“El derecho de conceder indultos a los delinquentes, remitiéndoles, o conmutándoles la plena, a que es legítima acreedora la vindicta pública, es una de las más preciosas Regalías que adornan la corona de los Soberanos. Y está tan unido a la Majestad que ni por pacto puede el Príncipe privarse de él, ni desnudarse de esta Suprema Regalía”*, López de Cuellar y Vega, J., “Tratado Jurídico Político: Práctica de Indultos conforme a las Leyes y Ordenanzas Reales de Castilla y de Navarra”, Ed. Martin Gregorio de Zabala, Pamplona, 1690, págs. 3 y 4. Sobre el Indulto como regalía de la Corona, *vid.* Villar García, M. “Discurso sobre la conveniencia civil y política del Indulto como regalía de la Corona”, Ed. Imp. de Nira y Ducazal, Madrid, 1852

¹⁶⁴ Diccionario RAE, voz “Regalía”

facultad inherente al poder que se configura como atributo propio y exclusivo del Rey en el absolutismo. La regalía como potestad o derecho que compete al Rey, y que no reconoce, en lo temporal, una instancia superior, son todos aquellos derechos que el Rey se reservaba para sí¹⁶⁵. Según García-Trevijano las regalías tienen dos significados: uno amplio referente a los derechos de los Reyes en las materias eclesiásticas y otro puramente estatal, esto es, derechos reservados al monarca bien porque le pertenecen en exclusividad o en concurrencia con los particulares¹⁶⁶.

Atendida la especial naturaleza del indulto, como un acto emanado por el titular del poder absoluto en el Estado, éste supone ser una decisión expresa y graciable que excepciona una pena previamente prevista en la ley. El ordenamiento jurídico nace del poder soberano y por ello la ley es expresión de tal poder. Ahora bien, el acto singular de concesión del indulto, y con él, de excepcionar las consecuencias punibles previstas en la norma jurídica, sobre un determinado acto tipificado en la ley penal, supone la génesis de un nuevo acto, de naturaleza singularmente legislativa, pues supone la excepcionalidad de la inaplicación de efectos jurídicos previstos en la norma aplicable. Excepcionar la norma jurídica a un caso concreto, no es sino una modificación singular de la norma aplicable con destinatarios determinados y eficacia limitada. No supone la derogación tácita de la norma sino la excepción de ésta al supuesto determinado y, por ello, debe compartir la naturaleza legislativa de la norma jurídica que se excepciona.

¹⁶⁵ *“Regaliae, absolute sumptae, sunt iura illa suprema, quae Imperatori, sen Regi, vel Supremo dominio, non recognosceli superiorem competunt. Apellentur autem hoc nomine, a Regis nomine, tanquam informante, cum sint. Iura quaedam propria domini regis io quod dicuntur affixiaeeius ofsibus ...”* Ripoll Acacio, A., *“Regalium Tractatus”*, Ed. Francisco Menescal y Gabriel Nogues, Barcelona, 1644, pág. 1

¹⁶⁶ García-Trevijano Fos, J.A., *“Tratado de Derecho Administrativo”*, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1964, págs. 22 y ss.

En el Estado absoluto el Rey –como titular del Estado y de la soberanía– tiene capacidad de crear un ordenamiento jurídico –pues de él emana– y por tanto, tiene la potestad de cambiarlo¹⁶⁷. El Rey puede modificar las leyes, derogarlas y por tanto excepcionarlas, a través de nuevas normas jurídicas, o también mediante los actos de poder. Los actos del monarca absoluto no se limitan a la mera ejecución de las normas, ni quedan necesariamente sometidos al ordenamiento jurídico, pues el Rey puede apartarse de él. Los actos del Rey pueden innovar el ordenamiento, sin que con ello estos actos queden extramuros del derecho.

El ejercicio del *derecho de gracia*, en el Estado absoluto, no es ajeno al derecho; es un acto con eficacia legislativa, que innova singularmente el ordenamiento por la voluntad del titular del poder Legislativo y, por ello, está sometido al derecho. Tal planteamiento determinará que mientras el indulto sea una facultad en manos del titular del poder soberano en el Estado, éste resultará conforme a derecho, pues la excepción de la norma jurídica supone la génesis de nueva norma, que para evitar que quede extramuros del ordenamiento deberá emanar del titular del poder de crear la norma jurídica. El problema surgirá precisamente cuando el ejercicio del *derecho de gracia* deba encontrar encaje en un modelo de monarquía parlamentaria, en el cual el Rey –como titular nominal de la

¹⁶⁷ “En la organización política absolutista no se trata ya de que el rey sea el titular del poder; es que además lo ejerce personalmente de forma concentrada e indivisa. El poder no se fragmenta; es un bloque compacto y esférico. El rey legisla y es, simultáneamente, sumo gobernante y juez supremo. Todas aquellas atribuciones inherentes a la soberanía (regalías) son ejercidas de modo indivisible por el monarca, quien por lo demás propende a introducir paulatinamente dosis mayores de uniformidad y centralización. La tendencia a la centralización es poco menos que inevitable, forma parte de la lógica interna del sistema y es corolario obligado de su funcionamiento. Como lo es, en fin, que el rey se sitúe por encima del Derecho, *legibus solutus*. El monarca no está necesariamente sometido a las leyes positivas. No olvidemos que nos hallamos ante un rey legislador e irresponsable (salvo ante Dios). Dentro de este orden de cosas lo ilógico y extraño hubiera sido partir del principio inverso de sujeción del monarca al Derecho”, González Alonso, B., “Del Estado absoluto al Estado constitucional”, *Manuscrits. Revista d'Història Moderna*, núms. 4-5. Ed. Universidad Autònoma de Barcelona, Departamento de Historia Moderna, Barcelona, 1987, págs. 81-90

facultad de indultar- no es el titular de la función legislativa ni ostenta el poder soberano del Estado.

No obstante, la concesión de los indultos por parte del monarca, en el absolutismo no resultaba ilimitada. La inexistencia de límites explícitos en el ordenamiento –que por otra parte, habrían carecido de virtualidad práctica de haber existido, en tanto el Rey podría apartarse de ellos por su voluntad- no implicaba que el ejercicio de la *gracia* pudiese soslayar otros límites no jurídicos, como la justicia, la equidad o la ley divina. El sometimiento a la ley divina, deviene de la concepción del poder del rey como atribución de Dios al cual queda obligado. La justicia y la equidad en su actuar son mandato consecuencia de la ley divina, pero también resultan exigencia para el recto ejercicio del poder por el soberano, que nunca debe ser abusivo, so pena de llegar a justificar la resistencia de sus súbditos¹⁶⁸. Las teorías de la Edad Media sobre la pérdida de la legitimidad del rey por el mal uso del poder, son retomadas en la edad moderna¹⁶⁹.

De esta forma, el ejercicio del *derecho de gracia* por parte del Rey, no resultaba esencialmente ajeno a criterios de justicia, sino que la tomaba en razón en la exposición de los motivos que el peticionario de la *gracia* formulaba y en los antecedentes del asunto, que son fundamento para

¹⁶⁸ San Isidoro de Sevilla (560-636) estableció la diferencia entre rey y tirano y eleva a categoría de principio político la máxima de Horacio “*Rex eris, si recte facies; si non facies, non eris*” (“eres Rey si obras con rectitud; si no lo haces, no lo eres”. Trad. libre) San Isidoro de Sevilla, “*Etymologiae u Originum sive etymologiarum libri viginti*” Libro IX (620-630), en “Diccionario de política”, Vol. 2, Ed. Siglo XXI, 1991, pág. 1064

¹⁶⁹ Juan de Mariana, S.I. (1536-1624), postula la sumisión del rey a las leyes, la reformulación del derecho natural y la doctrina del tiranicidio contraponiendo al buen rey con el tirano, en su obra “*De Rege et Regis Institutione*”, (título completo “*Ioannis Mariana Hispani, e Soc. Iesu, De Rege et Regis Institutione libri III. Ad Philippum III. Hispaniae regem catholicum*”), Ed. Pedro Rodríguez, Toledo, 1599. Trad. española moderna “*La dignidad real y la educación del rey (De rege et regis institutione)*”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981

que el Rey forme su convicción para acceder a la concesión del indulto o para denegarlo. El trámite del indulto exigía al solicitante presentar un memorial dirigido al Rey, expresando el delito por el cual había sido castigado, las circunstancias del mismo y los motivos que, a juicio del reo, pudiesen determinar el otorgamiento del indulto. Tras la recepción de la petición se incorporaban los autos a la misma junto a la sentencia condenatoria dictada, y se evacuaba informe por el fiscal del tribunal, pudiendo solicitar opinión al órgano sentenciador sobre la concesión de la *gracia*¹⁷⁰. Tras dichos trámites, el Rey resolvía sobre la petición de indulto.

¹⁷⁰ *“Trámites del perdón real: La primera diligencia a llevar a cabo por el aspirante a la gracia real es hacer llegar al Consejo de Cámara un memorial dirigido al rey, en el que haga constar su nombre, lugar del que es vecino y delito por el que fue procesado. Esta ocasión es aprovechada por muchos para referir la escasa culpabilidad de su actuación en los hechos imputados. Los que tuvieron una participación manifiesta en el asunto, pasarán por alto este dato y se detendrán en la exposición detallada de los luengos servicios realizados en pro de la corona, tanto por ellos mismos como por sus familiares. Cuando en el caso concurren circunstancias estridentes que lo agravan, se intentan justificar. Así, el que se ausentó de la ciudad después de cometer el delito y eludió con ello la acción de la justicia, alegará que lo hizo porque, aun siendo "manifiesta su inocencia", temió el "rigor de la justicia", y, dada su mucha pobreza, podría "perecer de necesidad en la prisión". Las circunstancias atenuantes también tienen su sitio en el memorial. Entre ellas las más repetidas son las referidas a la juventud del reo, los malos consejos recibidos, la insistencia del difunto en sus provocaciones, la casualidad del surgimiento de la pendencia, y la desigual calidad del difunto —especialmente manifestada cuando el desafortunado es morisco o persona sometida a esclavitud—. A fin de suscitar la piedad de la Cámara, los solicitantes aluden a los sufrimientos padecidos durante el tiempo transcurrido desde la comisión del delito. Las penalidades de las galeras, las calamidades de la cárcel, el dolor por la separación de la familia, y la ausencia de la tierra son muletillas repetidas hasta la saciedad. Cuando las penas son duras y requieren buen estado físico, como sucede en las galeras, los presidios y el servicio en el ejército, presentarán informaciones avalando su avanzada edad o declaraciones de médicos y cirujanos probando su incapacidad. Las estrecheces económicas de la familia en ausencia de su cabeza son, igualmente, argumentos muy reiterados. Presentado el memorial en el Consejo de Cámara, si éste lo estima conveniente, extiende la correspondiente cédula para que el escribano ante quien pende el proceso, saque un traslado autorizado de la información sumaria y sentencia, si la hay, y lo entregue al portador de la real carta a fin de que éste pueda presentarlo en la Cámara. Alguna vez el fiscal del tribunal que entendió en el caso, añadió al traslado un escrito con las consideraciones por las cuales, en su opinión, debería denegarse el indulto, pero falta constancia de que tal oposición llegara a surtir efecto alguna vez. Después de examinar el caso, la Cámara lo resuelve según su parecer, o excepcionalmente solicita dictamen de los tribunales sobre el asunto. Resuelta favorablemente la solicitud, despachaba la Cámara en nombre del rey la cédula de indulto correspondiente para que el beneficiario pudiera presentarla ante las justicias”* De las Heras Santos, J.L., “Indultos concedidos por la Cámara de Castilla en tiempos de los Austrias”, *ob. cit.*, págs.127, 128, 133 y 134

El indulto no se podía conceder si no disponía previamente del perdón de la parte ofendida –el cual, en ocasiones no era gratuito sino a cambio de precio, justificado con los gastos procesales realizados en la querrela, abono de haberes de boticario y cirujano, ayuda a viuda e hijos y misas por el alma del difunto-. En la escenificación de la concesión del indulto –el acto explícito de poder del Rey ante sus súbditos-, se incluían estas palabras: “S.M. poniendo su Real mano dize: Yo os perdono, porque Dios me perdone. O palabras que aseguran la protección Divina, contra los enemigos de su corona”¹⁷¹. La concesión de indulto recogía el primigenio concepto de perdón cristiano y lo elevaba como requisito jurídico para la clemencia. El Rey, cuando se concedía el indulto, ejercía la virtud de la misericordia sobre sus súbditos¹⁷².

Las primeras normas que contienen previsiones sobre el indulto, en el emergente Estado moderno son las Ordenanzas Reales de Castilla¹⁷³ de 1484, que dedica el Título XI, del Libro I, a “los perdones”¹⁷⁴. La Ley I,

¹⁷¹ De las Heras Santos, J.L., “Indultos concedidos por la Cámara de Castilla en tiempos de los Austrias”, *ob. cit.*, pág. 135

¹⁷² “El señor de la vida de los demás no debe ser un hombre como los otros. Su orgullo y su vanidad, lo mismo que su corazón, se lo dicen, y pueblo o rey, cuando por encima del fallo de las leyes, sin atenderlas ni consultar más que a sí mismo, dice a un hombre: sé libre o gime en cautiverio, vive o muere, se imagina ser algo sobrehumano y aproximarse a la Divinidad. Si es un individuo, le llamarán ungido del Señor, y divino a su derecho; si es multitud, dirán que la voz del pueblo es la voz de Dios. El amor de la humanidad y el amor propio, que tan pocas veces se armonizan, se unen para dar gran precio al derecho de perdonar; y benévolo y orgulloso el que le ejerce, no parece egoísta al reclamarle con empeño, apoyándose para conseguirlo en los buenos sentimientos de aquellos mismos que domina” Arenal, C., “El derecho de gracia ante la justicia”, Biblioteca Cervantes Virtual, 2015, Edición Original Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1896, pág. 4

¹⁷³ Siguiendo a Pérez Prendes, el también llamado Ordenamiento de Montalvo, se trata de la recopilación de ordenamientos de Cortes, Leyes, Pragmáticas y Ordenanzas de los reyes castellanos desde Alfonso XI hasta los Reyes Católicos. Contiene también una selección de disposiciones del Fuero Real, aplicables en aquel tiempo. El encargo fue hecho por los Reyes Católicos al jurista Alonso Díaz de Montalvo tras la celebración de Cortes de 1480, pero no recibió la sanción real. Pérez Prendes, J.M., “Historia del derecho Español”, T. II, Universidad Complutense de Madrid, 2004, págs. 890-891

¹⁷⁴ “El Ordenamiento de Montalvo, también conocido como Ordenamiento de 1484, fue el más influyente trabajo de recopilación jurídica de la Historia de España. Es obra atribuida al doctor Díaz de Montalvo. Supuestamente fue encargada por los Reyes Católicos a Alonso Díaz de Montalvo y publicada 1484. Es la

“que los perdones que el Rey hace no se entiendan aleve o traición”; Ley II, “De la forma que ha de llevar el perdón que hiciere el Rey para que sea firme”; Ley III, “Que el perdón que él hace pueda quitar el derecho de aquellos a quien son tomados sus bienes”; Ley IV, “como se entienden los privilegios de perdón que el Rey otorgó a los castillos fronteros”; Ley V, “declaración de los casos exceptuados de los perdones de los castillos fronteros, como se deben entender”; Ley VI, “del privilegio de Valdezcaray donde se acogen los malhechores, como se debe entender”¹⁷⁵; Ley VII, “confirmación de la forma que se debe tener en las cartas de perdones”¹⁷⁶ que confirman la clemencia como una prerrogativa exclusiva del Rey.

Posteriormente, el rey Felipe II sancionaría, el 14 de marzo de 1567, la Nueva Recopilación, impulsada por Isabel la Católica y continuada por Carlos V, basada en las Leyes de Toro, de 1505, y en las recopilaciones anteriores, como el Ordenamiento de Alcalá de 1348, y el Ordenamiento de Montalvo de 1484. La Nueva Recopilación dedica algunas de las leyes

primera recopilación del derecho vigente en la Monarquía Hispánica de la Edad Moderna. Se publicó bajo el título de Ordenanzas Reales de Castilla. Al ser una recopilación y no una codificación, la labor se limita a citar y adaptar todas las diferentes disposiciones regias desde las Partidas al Ordenamiento de Alcalá de 1348, así como todo el conjunto de pragmáticas y Bulas dictadas por Reyes y autoridades de todo tipo de cuestiones. Tuvo una gran repercusión en toda la legislación y recopilaciones posteriores especialmente en la Leyes de Toro de 1505, en La Nueva Recopilación de 1567 y la Novísima Recopilación de 1805” Herrero Bernabé, I., “Antecedentes históricos del Indulto”, *ob. cit.*, pág. 700. Según el mismo autor, las Ordenanzas Reales le dedican siete Leyes del Título II, libro I, a “los perdones”, mientras que el Título XLII aparece la clemencia como competencia del Rey

¹⁷⁵ El llamado privilegio de Valdezcaray, concedido por el Rey Fernando IV de Castilla en las Cortes de Valladolid, el 24 de abril de 1312, permitía la acogida y el derecho de asilo a todo tipo de malhechores, con el fin de repoblar la zona: “E por les facer mas merced e porque este Valle se pueble mejor, es mi merced que los homes e mugeres homicidanos e malfechores que se vinieren a acoger en el dicho Valle e en sus terminos, sean defendidos en que ninguna Justicia non sea osada de entrar en el dicho Valle nin pueda tomar nin sacar del” Corral López, G., “Fuero de Valdezcaray. cinco siglos de privilegios (1312-1837)”, *Boletín A.R.G.H.*, núm. 4, junio, 2012, págs. 9 y 10

¹⁷⁶ “Ordenanzas Reales de Castilla, recopiladas y compuestas por el Doctor Alonso Díaz de Montalvo, glosadas por el Doctor Diego Pérez”, Tomo I, Madrid, 1779, págs. 166 a 176

del Título 25 del libro VIII y el Libro XIII, a “los perdones”, y determina la competencia del Rey respecto a la *gracia* en el Título 42¹⁷⁷.

4.2.- Del Estado absoluto al Estado constitucional

La legitimidad tradicional de la monarquía absoluta va a sufrir un cambio traumático a finales del S. XVIII y comienzos del XIX, precedida de una revolución conceptual sobre el modelo de Estado. La evolución de una sociedad en la que la burguesía consolidó de *facto* su ascenso al poder político y económico, así como el protagonismo del aparato estatal en la gestión del Estado, resultaron determinantes para el ocaso del poder absoluto del monarca, y para la exigencia de sometimiento de éste a un sistema jurídico, fundado en la ley, que llegará a articularse en un marco institucional nuevo.

El modelo liberal de Estado será, al menos teóricamente, antitético respecto al Estado absoluto; a la soberanía del rey, se opondrá un nuevo titular del Estado: la nación¹⁷⁸; a la concentración de poderes en el monarca, se opondrá la separación de poderes y funciones (legislativo, ejecutivo y judicial); a la relatividad de la ley respecto al soberano, se

¹⁷⁷ Herrero Bernabé, I., “Antecedentes históricos del Indulto”, *ob. cit.*, pág. 701

¹⁷⁸ “Así, en cuanto concepto originario y natural, la nación designa la colectividad real, el conjunto histórico-concreto, a fines del siglo XIII, de los franceses que trabajan y comercian, ubicada en el estado de naturaleza con carácter previo al Estado: «La Nación existe antes que todo, ella es el origen de todo. Con anterioridad a ella no existe sino el Derecho natural... Una nación no sale jamás del Estado de naturaleza.» Ahora bien: la tesis de que «la nación se forma por el sólo Derecho natural», al tiempo que desplaza al Estado hacia el reino de lo artificial (i.e.: político) —superando la tradicional identificación *societas civilis sive política*—, fundamenta el carácter prepositivo, que no prejurídico, de la nación: «la nation est tout ce qu'elle peut être par cela seul qu'elle est», Sieyès, E.J. “¿Qué es el Tercer Estado?” (1789). Cit en Maiz, R. “Estado constitucional y gobierno representativo en E.J. Sieyès”, *Revista de Estudios políticos*, núm. 72, 1991, pág. 53

opondrán el imperio de la ley y el principio de legalidad. No obstante, en el nuevo modelo la monarquía no fue rechazada de raíz como institución, sino que se recondujo para encontrarle encaje, adaptada a las exigencias del Estado constitucional.

El análisis de los autores y pensamientos políticos que sirvieron de luz a la génesis del Estado liberal excedería, con mucho, las pretensiones de este trabajo. Pero el paso del Estado absoluto al Estado liberal es una consecuencia de la reflexión intelectual de la ilustración, determinante del cambio político y social. El pensamiento fue previo al cambio de las estructuras políticas, y no una simple justificación de éste.

La sociedad receptora del pensamiento ilustrado ya no era aquella que aceptó –y protagonizó– el cambio del modelo feudal por el sistema absoluto como algo necesario. La necesidad social, económica y política es la que forzó el cambio al absolutismo, sin que viniese predeterminada por unas previas corrientes de pensamiento. Por el contrario, el tránsito del Estado absoluto al liberal tiene su germen en presupuestos conceptuales, y, desde éstos, se configura el cambio al liberalismo.

No obstante, es innegable que la estructura de poder del absolutismo resultaba caduca para la sociedad del XVIII. El Rey y su concentración de poderes impedían la participación en la toma de decisiones a la clase burguesa, en un sistema económico en el cual son principales agentes, en el emerger del capitalismo. El crecimiento de la burguesía y los cambios económicos en una sociedad mercantilista, desembocarían en la primera Revolución Industrial.

Por otra parte, las diferencias sociales resultaban ya clamorosas y sin ningún reflejo reaccional del Estado, preocupado por mantener el *status quo* del sistema. Antes al contrario, la desigualdad entre grupos sociales y el orden jerárquico, estaban consagrados por la ley. Una sociedad estamental en lo jurídico-político, donde la nobleza y el clero estaban en posición de superioridad respecto al llamado “tercer Estado”¹⁷⁹ la cual se contraponía con un orden nuevo en lo socio-económico, donde era la burguesía el principal factor.

Pero también influyó en el cambio de la mentalidad social la revolución científica del S. XVII; Descartes, Newton o Pascal fueron, entre otros, unos revolucionarios de la ciencia, que permitieron un nuevo enfoque al concepto de medio físico donde se desenvuelve la sociedad, desterrando antiguos mitos, abriendo las puertas al racionalismo que desarrollarían conceptualmente Bacon y Descartes.

Este terreno abonó las ideas políticas del movimiento ilustrado que emergen en un S. XVIII y fundadas en tres pilares básicos: la libertad individual, la igualdad ante la ley y la voluntad de la mayoría que son el *leit motiv* de las revoluciones políticas que determinaron el cambio al Estado liberal.

En este marco aparece el nuevo modelo de Estado liberal de Derecho, consecuencia del pensamiento político del S. XVIII, que puso en tela de juicio la legitimidad del modelo absoluto y su fundamento regio, para hacer descansar la titularidad del poder en el pueblo –frente al poder del

¹⁷⁹ “El tercer estado abarca todo lo que pertenece a la nación; y todo lo que no es el tercer estado no puede considerarse como parte integrante de la nación. En definitiva, ¿qué es el tercer estado? TODO”, Sieyès, E.J., “¿Qué es el Tercer Estado?” (1789). Cit. en Máiz, R., “Estado constitucional y gobierno representativo en E.J. Sieyès”, *ob. cit.*, pág. 59

monarca-, y con ella, la génesis de las constituciones como máxima manifestación del poder soberano del Estado. La Constitución como límite al poder político, como justificación del Estado, como creadora de la organización del poder estatal y como legitimación del ejercicio del poder, en una sociedad cuya base fundamental está protagonizada por la burguesía, y su decidida voluntad de asumir el protagonismo de la acción del Estado, conformar un corpus de derechos fundamentales e impulsar una estructura de poder que salvaguarde tales derechos.

El Estado de Derecho¹⁸⁰, cuya construcción doctrinal se puede encontrar en el *Rechtsstaat* de la escuela alemana, en sentido equivalente al *Rule of Law* inglés, nace en el liberalismo y posiciona el poder de gobierno al servicio de la libertad del individuo, siendo ésta límite para la acción del poder. Un estado que se caracterizará por el principio de separación de poderes -frente a la concentración de poder-, el imperio de la ley -frente a la arbitrariedad-, la soberanía nacional -frente a la soberanía regia- y el reconocimiento y positivización de los derechos fundamentales y de la libertad individual -frente al sometimiento del individuo a la libérrima voluntad del monarca y la desigualdad estructural-.

¹⁸⁰ Zagrebelsky, citando a Otto Mayer, “en la clásica exposición del derecho administrativo de Otto Mayer la idea de *Rechtsstaat* en sentido conforme al Estado liberal, se caracteriza por la concepción de la ley como acto deliberado de un Parlamento representativo y se concreta en: a) la supremacía de la ley sobre la Administración; b) la subordinación a la ley, y sólo a la ley, de los derechos de los ciudadanos, con exclusión, por tanto, de que poderes autónomos de la Administración puedan incidir sobre ellos; c) la presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley, y sólo la ley, a las controversias surgidas entre los ciudadanos y entre éstos y la Administración del Estado. De este modo, el Estado de derecho asumía un significado que comprendía la representación electiva, los derechos de los ciudadanos y la separación de poderes; un significado particularmente orientado a la protección del ciudadano frente a la arbitrariedad de la Administración”. Zagrebelsky, G., “Del Estado de Derecho al Estado Constitucional”, *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia*, Ed. Trotta, 2ª edición, Valladolid, 1997, pág. 87

La separación de poderes tuvo su primera formulación doctrinal en Locke aunque ya fue apuntado en el pensamiento clásico –Aristóteles¹⁸¹ y Polibio¹⁸²- y en la Edad Media –entre otros, Marsilio de Padua, Guillermo de Occam, Santo Tomás de Aquino, Nicolás de Cusa-. La división de poderes tiene, como fundamento último –junto a las teorías del gobierno mixto¹⁸³ y las leyes fundamentales-, la limitación funcional del poder para evitar su concentración, pues el poder es el principal enemigo de la libertad y éste tiende al abuso. Siguiendo a Bobbio *“en el pensamiento liberal, la teoría del control del poder y la teoría de la limitación de las funciones del Estado caminan paralelamente; incluso se puede decir que la segunda es la condición sine quae non de la primera”*¹⁸⁴.

John Locke, en su “Segundo Tratado Sobre el gobierno civil”¹⁸⁵ distingue entre tres poderes en el Estado (legislativo, ejecutivo y federativo), y aboga

¹⁸¹ *“En todas las constituciones hay tres elementos sobre los cuales debe meditar el buen legislador lo conveniente para cada régimen. Si estos elementos están bien establecidos, necesariamente también lo está el régimen, y los regímenes difieren unos de otros en lo que difieren cada uno de estos elementos. De estos tres elementos una cuestión es cuál es el que delibera sobre los asuntos de la comunidad; la segunda es lo referente a las magistraturas [...] y la tercera, a la administración de la justicia”* Aristóteles “Los tres poderes del Estado” *La Política*. Cit. en Martínez Arancón, A., “Ideas y formas políticas. De la antigüedad al renacimiento”, UNED, 2014, pág. 136

¹⁸² *“Polibio estimó que la estabilidad se encontraba en la constitución romana en su afirmación del “antagonismo recíproco de los órganos de gobierno. Polibio pensó que los principales órganos políticos del gobierno deberían ser representativos de las diferentes clases, y que, en la competencia resultante, cada órgano debía actuar como un equilibrio y freno ante los otros”* Tuteleers, R., “Sobre la separación de los poderes del Estado”, *Revista de Ciencia Política*, volumen IV, núm. 2, Universidad Católica de Chile, 1982, pág. 78

¹⁸³ Ya formulado por los clásicos (Platón, Aristóteles y Polinio) *“Mientras Aristóteles y Platón trataban de lograr la estabilidad a través de la combinación de las fuerzas de las distintas clases dentro de la sociedad, Polibio estimó que la estabilidad se encontraba en la constitución romana en su afirmación del antagonismo recíproco de los órganos de gobierno. Polibio pensó que los principales órganos políticos del gobierno debían ser representativos de las diferentes clases y, que en la competencia resultante, cada órgano debía actuar como un equilibrio y freno ante los otros”* Tuteleers, R., “Sobre la separación de los poderes del Estado”, *ob. cit.*, pág. 78

¹⁸⁴ Bobbio, N., “Liberalismo y Democracia”, FCE México, 1994, págs. 21 y 22

¹⁸⁵ *“Primero, faltaba una ley establecida, fija y conocida; una ley que hubiese sido aceptada por consentimiento común, como norma de lo bueno y de lo malo, y como criterio para decidir entre las controversias que surgieran entre los hombres. Pues aunque la ley natural es clara e inteligible para todas las criaturas racionales, los hombres, sin embargo, cegados por sus propios intereses y por no haber*

por desconcentrar el poder absoluto del monarca como condición necesaria para construir un Gobierno limitado, garante de la libertad. Locke, partiendo de la naturaleza pactista del Estado, aboga por una organización de poder definida desde el análisis de las carencias que deben superarse para alcanzar un buen gobierno, por resultar ésto exigencia de la unión voluntaria entre los hombres al constituirse en estados. Y para el cumplimiento tales necesidades, la existencia de tres órganos de poder determinados y ordenados a la satisfacción de las mismas, destacando la preeminencia del poder Legislativo. Para Locke, el Estado se legitima en el correcto ejercicio del poder, pues éste es fruto de la renuncia del individuo -al entrar en sociedad- a la igualdad, a la libertad y al poder Ejecutivo que tenía en el estado de naturaleza. El Estado es fiduciario de un poder que ha sido otorgado por el pueblo.

Para Locke, el poder Legislativo es el poder supremo, pues de él emana la ley que somete a todos sujetos y poderes del Estado, pero no es un poder absoluto, pues está limitado por la ley natural, el cumplimiento de los fines del Estado y el mantenimiento de la libertad, ya que la ley debe respetar y tratar de forma igual a todos los ciudadanos.

estudiado dicha ley debidamente, tienen tendencia a no considerarla como obligatoria cuando se refiere a sus propios casos particulares. En segundo lugar, falta en el estado de naturaleza un juez público e imparcial, con autoridad para resolver los pleitos que surjan entre los hombres, según la ley establecida. Pues en un estado así, cada uno es juez y ejecutor de la ley de naturaleza; y como los hombres son parciales para consigo mismos, la pasión y la venganza pueden llevarlos a cometer excesos cuando juzgan apasionadamente su propia causa, y a tratar con negligencia y despreocupación las causas de los demás. En tercer lugar, falta a menudo en el estado de naturaleza un poder que respalde y dé fuerza a la sentencia cuando ésta es justa, a fin de que se ejecute debidamente. Aquellos que por injusticia cometen ofensa rara vez sucumbirán allí donde les es posible hacer que su injusticia impere por la fuerza. Una resistencia así hace que el castigo resulte peligroso, y aun destructivo, para quienes lo intentan” Locke, J., “De los fines de la sociedad y gobierno”, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Cap. IX (1690). Trad. Mellizo, C., Ed. Tecnos, 2006, págs. 123 a 128

Con referencia al indulto, Locke utiliza la expresión prerrogativa (“*como poder para realizar un bien público sin norma previa*”) para definir la institución de la gracia: “*Es posible que caiga bajo la sanción de la Ley, que no hace distinción alguna entre personas, un hombre que ha cometido una acción que más bien merecería perdón y recompensa. Conviene pues que quien gobierna posea en muchos casos autoridad para mitigar el rigor de la ley y para perdonar a algunos culpables, puesto que, siendo el gobierno la salvaguardia de todos, en la medida que ello es posible, debe incluso perdonarse a los que han delinquido si con ello no se causa perjuicio a un inocente*”¹⁸⁶.

Fue Montesquieu quien perfiló y desarrolló el principio de separación de poderes¹⁸⁷ apuntado por Locke. En su formulación, conceptúa la división de poderes como una limitación al poder del Rey¹⁸⁸ estableciendo los

¹⁸⁶ Locke, J., “De los fines de la sociedad y gobierno”, *ob. cit.*, pág. 159

¹⁸⁷ “*Como precursores de la teoría de Montesquieu podemos distinguir los remotos de los próximos. Precursores remotos de la teoría son, entre otros, Aristóteles (que ya en su Política incluye una consideración práctica al observar que en todos los Estados existe una Asamblea General, un Cuerpo de Magistrados y un Cuerpo Judicial), Marsilio de Padua y Nicolás de Cusa. También Maquiavelo sugiere que los reinos bien ordenados no dan el imperio absoluto a su rey sino en los ejércitos, pues en las demás cosas nada puede hacer sin consejo. Y Bodino dirá que el rey debe renunciar a administrar justicia por sí mismo, dejando ese cuidado a los jueces independientes. En realidad, son precursores remotos en el tiempo, pero también lo son en la idea porque sólo la sugieren, ninguno de ellos la estructura. Y en este nivel, de pensamientos aislados, cabría ampliar mucho la referencia a los precedentes; aunque en la Edad Media, tan surcada de dualismos, con reparto estamental de la autoridad entre las clases, los brazos y las jerarquías, no era fácil que brotara una doctrina cuyo nacimiento sólo se explica como reacción contra la absorción enorme del poder en manos del Príncipe que sólo se dará a conocer con los Estados absolutos. Sin duda el más inmediato precursor, incluso en la finalidad (“la separación de poderes tiene por objeto impedir “que la frágil naturaleza humana tienda a abusar del poder”, peligro que se corre cuando se concentra en unas solas manos), es Locke (...).El valor de la aportación de Montesquieu consistió en sistematizar y ofrecer una teoría de la que, según se acaba de ver, sólo cabría encontrar elementos aislados e inconexos en las ideas políticas precedentes; y, además, haberlo hecho con un finalidad bien definida y acorde con las preocupaciones de la época: conseguir el logro y la garantía del respeto a la libertad”* Sánchez Ferriz, R. “División de poderes” *Diccionario de derechos humanos*, Universidad de Alcalá y Agencia Española Cooperación Internacional para el Desarrollo, http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/to_pdf/602011, 2011, pág. 2

¹⁸⁸ “*Cuando el poder legislativo está unido al poder ejecutivo en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad porque se puede temer que el monarca o el Senado promulguen leyes tiránicas para hacerlas cumplir tiránicamente. Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo*

principios de la monarquía limitada. En su esquema de separación de poderes¹⁸⁹, propugna la igualdad, independencia y equilibrio¹⁹⁰ de éstos, situando al Rey como titular del poder Ejecutivo¹⁹¹, al Parlamento como titular del poder Legislativo¹⁹², y a los jueces y magistrados, titulares del

ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares” Montesquieu, “Del espíritu de las leyes”, Casa de Rosa, Madrid, 1821, pág. 240

¹⁸⁹ *“Hay en cada Estado tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de los asuntos que dependen del derecho de gentes y el poder ejecutivo de los que dependen del derecho civil” Montesquieu, “Del espíritu de las leyes”, ob. cit., pág. 238*

¹⁹⁰ *“Si el cuerpo legislativo no se reuniera en asamblea durante un espacio de tiempo considerable, no habría libertad, pues sucedería una de estas dos cosas: o no existirían resoluciones legislativas, en cuyo caso el Estado caería en la anarquía, o dichas resoluciones serían tomadas por el poder ejecutivo, que se haría absoluto. (...) Si el poder ejecutivo no posee el derecho de frenar las aspiraciones del cuerpo legislativo, éste será despótico, pues, como podrá atribuirse todo el poder imaginable, aniquilará a los demás poderes. Recíprocamente el poder legislativo no tiene que disponer de la facultad de contener al poder ejecutivo, pues es inútil limitar la ejecución que tiene sus límites por naturaleza; y además, el poder ejecutivo actúa siempre sobre cosas momentáneas. (...) Pero si en un Estado libre el poder legislativo no debe tener derecho a frenar al poder ejecutivo, tiene, sin embargo, el derecho y debe tener la facultad de examinar cómo son cumplidas las leyes que ha promulgado. (...) El poder ejecutivo debe participar en la legislación en virtud de su facultad de impedir, sin lo cual pronto se vería despojado de sus prerrogativas. Pero si el poder legislativo participa en la ejecución, el ejecutivo se perderá igualmente. Si el monarca participara en la legislación en virtud de su facultad de estatuir, tampoco habría libertad. Pero como le es necesario, sin embargo, participar en la legislación para defenderse, tendrá que hacerlo en virtud de su facultad de impedir. (...) He aquí, pues, la constitución fundamental del Gobierno al que nos referimos: el cuerpo legislativo está compuesto de dos partes, cada una de las cuales tendrá sujeta a la otra por su mutua facultad de impedir, y ambas estarán frenadas por el poder ejecutivo que lo estará a su vez por el legislativo. Los tres poderes permanecerían así en reposo o inacción, pero, como por el movimiento necesario de las cosas, están obligados a moverse, se verán forzados a hacerlo de común acuerdo” Montesquieu, “Del espíritu de las leyes”, ob. cit., pág. 253*

¹⁹¹ *“El poder ejecutivo debe estar en manos de un monarca, porque esta parte del Gobierno, que necesita casi siempre de una acción rápida, está mejor administrada por una sola persona que por varias; y al contrario, las cosas concernientes al poder legislativo se ordenan mejor por varios que por uno solo. Si no hubiera monarca y se confiara el poder ejecutivo a cierto número de personas del cuerpo legislativo, la libertad no existiría, pues los dos poderes estarían unidos, ya que las mismas personas participarían en uno y otro” Montesquieu, “Del espíritu de las leyes”, ob. cit., pág. 247*

¹⁹² *“Puesto que en un Estado libre, todo hombre, considerado como poseedor de un alma libre, debe gobernarse por sí mismo, sería preciso que el pueblo en cuerpo desempeñara el poder legislativo. Pero como esto es imposible en los grandes Estados, y como está sujeto a mil inconvenientes en los pequeños, el pueblo deberá realizar por medio de sus representantes lo que no puede hacer por sí mismo. (...) La gran ventaja de los representantes es que tienen capacidad para discutir los asuntos. El pueblo en cambio no está preparado para esto, lo que constituye uno de los grandes inconvenientes de la democracia. (...) Todos los ciudadanos de los diversos distritos deben tener derecho a dar su voto para elegir al representante,*

poder Judicial¹⁹³. Tanto el poder Legislativo como el Judicial emanan del pueblo, el primero formado por unos representantes elegidos mediante sufragio, y el segundo, ejercicio por personas del pueblo, designados sin carácter permanente¹⁹⁴.

Para Montesquieu el indulto –la *gracia*–, parecía situarse extramuros del esquema de Estado, aunque afirmaba sobre éste: *“La gracia del perdón es un gran resorte de los gobiernos moderados. El poder de perdonar que tiene el príncipe, usado con discreción, puede producir efectos admirables. El principio del gobierno despótico le priva de ese resorte, pues no perdona jamás ni es perdonado”*¹⁹⁵, reservando el ejercicio de la *gracia* al poder Ejecutivo –y al Rey como titular del poder Ejecutivo–.

En su configuración primigenia, el principio de separación de poderes propugna la división del poder de gobierno del Estado en tres funciones esenciales que son asumidas por tres órganos, sin interferencias entre

exceptuando aquéllos que se encuentren en tan bajo estado que se les considere carentes de voluntad propia” Montesquieu, “Del espíritu de las leyes”, *ob. cit.*, pág. 243

¹⁹³ *“El poder judicial no debe darse a un Senado permanente, sino que lo deben ejercer personas del pueblo, nombradas en ciertas épocas del año de la manera presenta por la ley, para formal/ un tribunal que sólo dure el tiempo que la necesidad lo requiera. De esta manera, el poder de juzgar, tan terrible para los hombres, se hace invisible y nulo, al no estar ligado a determinado estado o profesión. Como los jueces no están permanentemente a la vista, se teme a la magistratura, pero no a los magistrados”* Montesquieu, “Del espíritu de las leyes”, *ob. cit.*, pág. 241

¹⁹⁴ *“Para Montesquieu, siguiendo a Locke, el modo de debilitar el poder en beneficio de la libertad individual no es transferirlo, como pronto propondrá Rousseau, sino dividirlo. Y tal división podría hacerse de dos modos: 1) en sentido vertical, interponiendo entre el poder y los súbditos cuerpos intermedios que, según la tradición aristocrática, serán los depositarios de parte del poder (no debe olvidarse que el autor es sucesor del tradicionalismo aristocrático del que entre otras raíces— parten sus concepciones); y 2) en el sentido horizontal, con el reconocimiento de tres poderes que deberán servirse de contrapeso: el ejecutivo, el legislativo y el judicial. Con el desarrollo de esta teoría Montesquieu está aportando una fórmula política, avanzada por Locke pero perfeccionada por él, que va a tomarse como principio estructural del constitucionalismo y que aún está presente en las constituciones actuales. Dicha construcción, basada en la experiencia inglesa, expresa la convicción de que sólo puede garantizarse la libertad mediante la moderación y el equilibrio en el ejercicio del poder”* Sánchez Ferriz, R. “División de poderes”, *ob. cit.*, pág. 5

¹⁹⁵ Montesquieu, “Del espíritu de las leyes”, *ob. cit.*, pág. 141

unos y otros. Se plantea así la división de poderes como una separación formal de la estructura estatal en tres centros de poder, cada uno de ellos con funciones propias y exclusivas, que deben ejercerlas personas diferentes de cada uno de los órganos de poder. Todo ello bajo el control de cada poder sobre los otros dos. Poder-función-personas-control, como elementos intrínsecos a la eficacia del modelo.

La separación de poderes se convirtió así en un axioma del liberalismo clásico como fórmula idónea para construir un nuevo modelo de Estado inherente a todo modelo constitucional, que fue recogido por primera vez en la declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, art. 16: *“Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución”*.

El principio de legalidad, por su parte, es una aspiración del liberalismo a que los hombres sean gobernados por leyes, no por otros hombres, y caracterizó el Estado liberal como Estado legislativo cuyo fundamento descansa en tal principio. El Estado de Derecho, siguiendo a Díaz, es el Estado sometido al derecho; es el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley; el Estado de Derecho consiste así, fundamentalmente, en el imperio de la ley: el derecho y la ley como expresión de la voluntad general”¹⁹⁶. Mediante términos aparentemente

¹⁹⁶ Díaz García, E., “Estado de Derecho y democracia”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 19-20, 2001-2002, pág. 206

equivalentes –*Rule of Law*¹⁹⁷, *Regle de Droit*, *Rechtsstaat*¹⁹⁸–, cada uno en el marco de su realidad histórica y de pensamiento- se proclamaba la primacía de la ley sobre el poder de decisión del Estado.

¹⁹⁷ *"The Rule of Law en ocasiones es traducido como Estado de Derecho, mientras que en otras ocasiones lo es como imperio de la Ley. En el marco de la tradición anglosajona, en la que se desarrolla la idea de The Rule of Law, la misma se vincula, en términos generales, al imperio de la Ley, es decir, al elemento suficiente de la comprensión formal del Estado de Derecho. Sin embargo, las concepciones sustantivas o materiales de The Rule of Law se pueden identificar con lo que aquí se comprende como Estado material de Derecho"* Ansuátegui Roig, F.J., "Razón y voluntad en el estado de derecho: Un enfoque filosófico-jurídico", Ed. Dykinson, 2014, pág. 192

¹⁹⁸ La palabra *Rechtsstaat* según Hayek "Se encuentra por primera vez en K. T. Welcker, *Die Letzten Gründe von Recht, Staat, und Strale*, Giessen 1813, donde se distinguen tres tipos de gobierno: despotismo, teocracia y *Rechtsstaat*. Para otros autores (Luc Heuschling, en su obra *Etat de droit: Rechtsstaat: Rule of Law, Rechtsstaat*), es un neologismo creado en 1798 por Placidus (pseudónimo de Johann Wilhem Petersen, 1758-1815) en su obra *Litteratur der Staatslehre para referirse a la escuela de teoría del estado inspirada por Kant. El término se hizo popular con Robert von Mohl (1799-1875) en su Die deutsche Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats (1832-33) (...) El erudito que posteriormente trabajó más para propagar la teoría de Rechtsstaat, Rober von Mohl, había sido un aplicado estudioso de las constituciones americanas. Véase su Das Bundesstaatsrecht der Vareinigten Staaten von Nordamerika, Stuttgart 1924, que parece haber logrado una considerable reputación en los Estados Unidos y que motivó que se solicitase del autor su colaboración para revisar los «Judge Story's", Comentarios, en el American furirt, XIV, 1835. Las principales obras donde elaboró la teoría del Rechtsstaat son: Staatsrecht des Konigsreiches Württemberg, Tubinga 1829 y 1831; Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, Tubinga 1832, y Geschichte und Literatur der Staatswisrenschaften, Erlangen 1855-58. La formulación definitiva y mejor conocida del concepto del Rechtsstaat es la de uno de los teóricos conservadores del período, G. F. Stahl, en Die Philosophie des Rechts, II: Rechts und Staatslehre, parte 11, 1837,5ª ed., Ley,zig 1878; lo define como sigue (p. 352): «El Estado tiene que ser un Estado de derecho. Esta es la consigna y en verdad también la tendencia de los tiempos recientes. Debe aceptar e irrevocablemente determinar y asegurar las direcciones y los límites de su actividad y la libre esfera del ciudadano, y no obligar al cumplimiento de ninguna idea moral más allá de la esfera de la ley, bien directamente, bien mediante otros en su nombre. Tales la concepción del Rechtsstaat y no aquella en cuya virtud el Estado debe limitarse a administrar la ley y a no perseguir ningún propósito administrativo o solamente a proteger los derechos del individuo. Nada dice sobre el contenido o los objetivos del Estado; solamente define la manera y el método de lograrlos" (Las últimas frases apuntan a la extrema posición mantenida, por ejemplo, por W. von Humboldt.) (...) Los escritores germanos suelen citar las teorías de Kant al iniciar sus descripciones del movimiento conducente al Rechtsstaat. Aunque tal postura probablemente exagera la originalidad de la filosofía legal de Kant, éste, indudablemente, le dio la forma en que alcanzó la máxima influencia en Alemania. La principal contribución de Kant es ciertamente una teoría general de la moral que hizo aparecer el principio del Estado de Derecho como una especial aplicación de un principio más general. Su famoso «imperativo categórico», la regla de que el hombre debe siempre «actuar sólo de acuerdo con esa máxima en virtud de la cual no puede querer más que lo que debe ser ley universal», constituye de hecho una extensión al campo general de la ética de la idea básica que entraña el imperio de la ley", Hayek, F., "Liberalismo y Administración: el Rechtsstaat", Los fundamentos de la libertad, Cap. XIII (1960), Unión Editorial, 2006, págs. 450 y ss.*

Confluyen diferentes conceptos –Estado de Derecho, imperio de la ley, principio de legalidad- que suelen utilizarse como sinónimos o como representativos del mismo contenido –sometimiento a la ley- aunque no resulta exacta su identidad. El Estado de Derecho determina un modelo de relación individuo-Estado, una concepción jurídico-política con una dimensión histórica determinada en el modelo liberal, diferenciado y sustantivizado respecto a otros modelos de Estado. En este modelo de Estado de Derecho, se parte del axioma del imperio de la ley, y desde él, se concibe la estructura de Estado, que concreta en unos principios (separación de poderes, principio de legalidad, etc.).

Ciertamente, la prioridad del imperio de la ley parece que subsume a la totalidad del concepto de Estado de Derecho, fundamento del modelo que sobre tal principio asienta sus bases, pero el Estado de Derecho es consecuencia jurídico organizativa del *imperium* de la ley en el Estado. En el ámbito de la Filosofía del Derecho se precisan diferentes nociones sobre el Estado de Derecho, tanto formal como material, a los efectos de dotar de contenido exacto a la correlación de los conceptos¹⁹⁹.

Dos son las principales finalidades de la ley en el modelo de Estado liberal de Derecho: la ley como límite de la acción de gobierno, y como institucionalización de los derechos y deberes fundamentales. Para la virtualidad de tales fines, la ley debe ser suprema, debe emanar del Estado, y someter a todos los individuos y poderes²⁰⁰. En el pensamiento

¹⁹⁹ *Ad exemplum*, Ansuátegui Roig, F.J., “Razón y voluntad en el estado de derecho: Un enfoque filosófico-jurídico”, *ob. cit.*

²⁰⁰ La Ley en el Estado de Derecho, según Liborio Hierro, tiene las siguientes características: “1. La ley es única, y por ello toda ley tiene la misma legitimación, y la misma fuerza normativa (la denominada “fuerza de ley”); 2. La ley es la potencia normativa originaria, por cuanto es expresión de la voluntad normativa última, que reside en los miembros del cuerpo social; 3. La ley es la máxima potencia creadora del Derecho, y por ello, la fuente suprema de creación de normas en su ordenamiento jurídico, a la que se encuentran

de Rousseau la ley es la expresión de la voluntad general, pero también la ley debe ser general.

El *derecho de gracia*, en este marco liberal, fue objeto de cuestión: *“la ideología liberal y democrática que comienza a desarrollarse en los siglos XVII y XVIII critica el derecho de gracia; autores significativos de estos tiempos como Beccaria, Kant o Bentham, lo consideran incompatible con la idea de Estado de derecho. Asimismo, las Constituciones francesas de la época de la Revolución, coherentes con el racionalismo ilustrado, abolieron la facultad de otorgar el derecho de gracia y también en España fue suprimido durante unos meses en tiempos de la I República. Bentham formuló la principal objeción con escueta contundencia: “Si la pena es necesaria, no se debe perdonar; si no es necesaria, no se debe pronunciar”. Los riesgos de que el derecho de gracia infringieran los principios de división de poderes -usurpando el Ejecutivo los poderes del juez responsable de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado- y de seguridad jurídica -contraviniendo el carácter de cosa juzgada de las sentencias firmes- se hacían evidentes²⁰¹.*

Tras la Revolución francesa y el reconocimiento del principio de división de poderes, se pretendió suprimir a prerrogativa de *gracia*. La Asamblea constituyente en su Código Penal de 25 de octubre de 1791 afirmó que *“(...) para todos los crímenes en que se proceda con intervención de los jurados queda abolido el uso de todo acto que tienda a impedir o suspender*

sometidas cualesquiera otras fuentes como las costumbres, los principios o las decisiones judiciales; 4. La ley es incondicional en cuanto es soberana; su capacidad para regular la vida social y limitar la autonomía individual no está condicionada –como lo están las disposiciones reglamentarias- por su finalidad, porque la ley es autolimitación soberana de la autonomía individual. En resumen la ley es la fuente única, originaria, suprema y omnipotente de creación del derecho” Hierro Sánchez-Pescador, L.L., “El imperio de la ley y la crisis de la ley”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 19, 1996, pág. 290

²⁰¹ De Carreras, F., “El indulto en nuestro Estado de derecho”, *ob. cit.*

el ejercicio de la justicia criminal, el uso de decretos de indulto, de remisión, de abolición, de perdón y de conmutación de penas". Sin embargo la amnistía continuó subsistiendo como poder conferido a la Asamblea constituyente y, poco tiempo después, fueron restablecidas las otras manifestaciones de la clemencia, atribuidas al premier Cónsul por el art. 86 del senado-consulta orgánico de 16 *termidor* del año X (4 de agosto de 1802)²⁰².

No obstante Sieyès abogó por la atribución a la *Jury Constitutionnaire* del conocimiento de un "*recurso de equidad natural en ocasiones graves en las que la ley tutelar haya olvidado su justa garantía (...) la Jury Constituionnaire, como dijimos, debe ofrecer a la libertad civil un recurso de equidad natural en ocasiones graves, cuando la legislación tutelar haya olvidado su justa garantía; de tal manera, se convierte en suplemento de jurisdicción natural para los vacíos de la jurisdicción positiva*"²⁰³, esto es, que la alta magistratura constitucional pudiese enjuiciar desde criterios de equidad la desviación de la ley positiva en la consecución de la justicia. Según Tajadura, "*la función principal de esta jurisdicción de equidad consistirá en el ejercicio del derecho de gracia. Se trata de una prerrogativa que en el Antiguo Régimen era privativa del Monarca, pero cuya necesidad se hacía sentir también en el sistema jurídico-político surgido de la Revolución*"²⁰⁴. Y para Sieyès, "*El derecho de gracia es necesario cuando*

²⁰² Lozano Cutanda, B., "El indulto y la amnistía ante la Constitución", *Estudios sobre la Constitución Española Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. 2, 1991, pág. 1037

²⁰³ Sieyès, E., "Opinión de Sieyès sobre las atribuciones y la organización de la *Jury Constitutionnaire* propuesta el 2 del Termidor" *Escritos Políticos de Sieyès*, Pantoja, D. (comp.), Fondo de Cultura Económica, México, 1993, pág. 265

²⁰⁴Tajadura Tejada, J., "El guardián de la Constitución en la obra de E. Sieyès: un precedente de la Justicia Constitucional en Europa", R.V.A.P., núm. especial 99-100, mayo-diciembre, 2014, pág. 2818

resulta un deber, y en cuanto es un deber, debe cambiar de denominación: ya no se trata de gracia, sino de estricta justicia"²⁰⁵.

En este marco de pensamiento, la monarquía formó parte decisiva en la evolución constitucional europea desde los primeros momentos. Para Lario González *"No se pensó en 1791 o en 1812 en eliminar al Rey de la Constitución, sino en colocarlo en un lugar de la misma que permitiera el gobierno constitucional, el control político del poder por parte de las Asambleas representativas. En estos primeros tiempos lo que predominó, como en el caso de la República americana, fue la separación estricta de poderes, y como consecuencia la falta de comunicación entre el Rey y las Asambleas; es lo que podemos denominar las «Monarquías de Asamblea», destinadas a una corta vida, por la paralización política fruto de los constantes enfrentamientos, de la tendencia constante a movimientos de vaivén entre la revolución y la contrarrevolución*"²⁰⁶.

Los planteamientos contractualistas van a sentar las bases de un nuevo Estado constitucional. El *pactum societatis* donde los hombres son seres políticos porque libremente han convenido convertirse en tales. Tanto la sociedad como el poder político tienen origen convencional, producto del acuerdo de seres libres e iguales entre sí. Y la ideología liberal tuvo una

²⁰⁵ *"¿Quién de vosotros, ciudadanos -se pregunta el abate ante la Convención para persuadirles de la necesidad de prever esta jurisdicción de equidad- no se ha hallado en el caso de ver jueces situados en la espantosa alternativa de salvar a un culpable o, lo que es aún más grave, castigar a un inocente o defender la ley? Esta posición de un tribunal reducido a la elección entre lo arbitrario o lo injusto, ¿no atestigua la insuficiencia de la legislación y la existencia de ese vacío que yo propongo cubrir?"* Sieyès, E., "Opinión de Sieyès sobre las atribuciones y organización del Tribunal Constitucional" en Escritos y discursos de la Revolución (edición, traducción y notas de Ramón Máiz), Centro Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2007, pág. 431. *Cit.* en Tajadura Tejada, J., "El guardián de la Constitución en la obra de E. Sieyès: un precedente de la Justicia Constitucional en Europa" , *ob. cit.*, pág. 2819

²⁰⁶ Lario González, A., "Monarquía constitucional y gobierno parlamentario", *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), núm. 106, octubre-diciembre 1999, pág. 227

inmediata recepción en España a comienzos del S. XIX, que determinó el establecimiento del Estado constitucional²⁰⁷.

En España, el tránsito entre los dos modelos no afectó a la institución de la *gracia*, como una prerrogativa regia. La Novísima Recopilación de las Leyes de España -promulgada por Carlos IV en el año 1805 por Real Decreto de 15 de julio, editada en 1806, y que consta de 12 libros, donde se contienen gran parte de las leyes ya incluidas en la Nueva Recopilación de 1567 que añadió a las mismas la abundante legislación del s. XVIII²⁰⁸- se ocupó de mantener la regulación histórica del perdón e indulto real.

El Libro XII, Título XLII, contiene las disposiciones relativas al indulto y al perdón real –“*De los indultos y perdones reales*”-, con referencia a lo dispuesto en la “*Ley I, Título 27, del ordenamiento de Alcalá y D. Juan I en Burgos año 1379, pet. 6*”. Comienza con la Ley I, “*Inteligencia de los perdones Reales de delitos cometidos*”, determinando los dos tipos de perdón: general y especial²⁰⁹. La Ley II, sobre Indultos de Viernes Santo; Ley III, “*Nulidad de las cartas de perdón en que se prive de su derecho a*

²⁰⁷ No obstante los óbices de legitimidad de las instituciones –Rey y Cortes- que se han sucedido durante el S. XIX en España: “*Uno de los elementos que hacen peculiar y original el desarrollo del constitucionalismo español, distinguiéndolo de otros modelos (francés, inglés, norteamericano) es la falta de un principio claro de legitimidad sobre el que se desencadene el desarrollo constitucional. Como veremos, a diferencia de otros casos existentes en Derecho Comparado, el inicio del constitucionalismo en España no se hizo sobre la base del principio dinástico, y sólo se asentó de forma clara en un principio nacional (popular o democrático) articulado constitucionalmente durante el breve trienio constitucional. En consecuencia, el régimen de Fernando VII en los dos períodos en que reinó personalmente de forma absolutista no se basó propiamente en un principio de legitimidad dinástico-tradicional, sino en una autocracia (...) el reinado absolutista de Fernando VII inaugura una nueva era que no sólo rompe con el constitucionalismo, sino también con la legitimidad dinástica-tradicional, siendo, así, la primera autocracia en la historia de España. Sólo tras la muerte de Fernando VII, la monarquía buscará una relegitimación no autocrática*” Ruiz Miguel, C., “Problemas de legitimidad en el origen del constitucionalismo español”, *Asamblea Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 31, diciembre, 2014 pág. 36

²⁰⁸ Herrero Bernabé, I., “Antecedentes históricos del Indulto”, *ob. cit.*, pág. 701

²⁰⁹ Sobre el perdón real, y en particular, los perdones generales y especiales, *vid.* Rodríguez Flores, M.I., “El perdón real en Castilla (siglos XIII-XVIII)”, Universidad de Salamanca, 1971, pág. 49

un tercero”; Ley IV, relativa al perdón de los delitos de aquellos que han servido en determinados lugares. Y hasta XI Leyes, donde se recogen las disposiciones susceptibles de mantenerse vigentes, emanadas desde los S. XIV al XVIII, relativas al indulto real –su tramitación, excepciones y efectos-.

Tal regulación –más propiamente, codificación de lo ya regulado- será la que se mantenga vigente a lo largo del S. XIX, hasta la Ley de indulto de 1870. Y en tanto se recoge el perfil de la *gracia* del modelo absolutista la institución del indulto mantendrá los elementos fundamentales que la han caracterizado desde finales de la Edad Media. En esencia, la *gracia* como prerrogativa regia, sin otros límites que la propia regulación de su ejercicio. El *derecho de gracia* se mantiene así en la órbita de potestades del Rey, y su título atributivo es su condición soberana. Pero en breve lapso de tiempo, tan indiscutida soberanía regia va a ser un vestigio del absolutismo, con el advenimiento del Estado constitucional.

4.3.- El Estado constitucional

Las sesiones de las Cortes de Cádiz se inauguraron el 24 de septiembre de 1810, “*y ese mismo día, aparece su primer Decreto. El segundo es del 25 de septiembre. Es otro el lenguaje, otros los conceptos, otra la visión del orden político que subyace al articulado de los primeros decretos de las Cortes, que tendrán su desarrollo en la Constitución de 1812*”²¹⁰. Así, entre septiembre de 1810 y marzo de 1812 se produjo la revolución

²¹⁰ González Alonso, B., “Del Estado absoluto al Estado constitucional”, *Manuscrits. Revista d'Història Moderna*, núm. 4-5, Universidad Autònoma de Barcelona, Barcelona, 1987, págs. 81-90

política constitucional. El nuevo modelo de Estado determinó el cambio en la posición del monarca en la estructura de poder y en el ejercicio de funciones del Estado²¹¹. La monarquía constitucional surgida en Europa a finales del siglo XVIII, después de la Revolución Francesa, compartirá elementos del modelo de la monarquía británica desde el siglo XVI.

Siguiendo a González Alonso, será *“un Estado fundado sobre conceptos que a veces no son del todo nuevos, sino recibidos del Antiguo Régimen, pero que, aun así, jugaran a partir de ahora un papel completamente distinto al que habían desempeñado hasta entonces. Es lo que sucede por ejemplo, con la noción de soberanía, cuyo titular no es el mismo. Un Estado representativo que, garante y al servicio de la libertad e igualdad de todos los hombres, tiene que dotarse a sí mismo de los mecanismos susceptibles de garantizar efectivamente tales libertades y esa situación de igualdad formal. Por eso, lo que no cabía en el Antiguo Régimen va a*

²¹¹ *“Tal vez la que podríamos considerar principal lección de Cádiz sea el hecho de que el Estado se sobrepone, definitivamente, a la Monarquía. La cuestión, a partir de entonces será cómo encajar la institución en el nuevo Derecho Público siendo que las experiencias pasadas nos presentan una institución radicalmente incompatible con los principios del Derecho Público. Ni que decir tiene que lo que Cádiz dejaba por hacer a los juristas posteriores era justamente hallar ese acomodo conformando la teoría del poder ejecutivo del mismo modo que el primer constitucionalismo liberal (la Constitución del y aquí sí, también, la francesa) dejó configurada la del poder legislativo. Sólo que en nuestro caso resultó más compleja la obra de determinación de estos dos poderes u órganos porque, en la ausencia del Rey, las Cortes van a personificar esa unidad de poder necesaria también en el nuevo orden. Dando por sentado que la Monarquía pasa a ser «un poder constituido» más, la diversidad de sus poderes y sus formas resultan accidentales respecto de la centralidad de la cuestión que se acaba de subrayar. Por ello, el resto del siglo XIX nos presentará formas diversas de ejercicio de las funciones regias. Encontraremos a partir de entonces ensayos de vuelta al fortalecimiento del poder del Monarca (1845) y ensayos de reducción de sus funciones en términos de Monarquía constitucional e, incluso, parlamentaria (1869, en lo que se refiere al texto, por la imposibilidad de experimentar el sistema en la práctica, y la experiencia constitucional, bajo la Constitución de 1876, tanto de Alfonso XII como de la Regencia a su muerte) pero en unos y otros casos nada se viene a innovar doctrinal y jurídicamente que no esté ya previsto en el sistema institucional gaditano”* Sánchez Ferriz, R., y Rollnert Liern, G., “La forma de gobierno en la constitución de Cádiz (reflexiones sobre la configuración de la jefatura del estado monárquica)”, *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 83, enero-abril, 2012, págs. 213 y 214

*ser ahora una exigencia inexorable y constituye el segundo elemento diferenciador del Estado constitucional: la división de poderes*²¹².

La Constitución de Cádiz de 1812, en su art. 171, atribuía al Rey “*como principal facultad*”²¹³, la de “*indultar a los delincuentes con arreglo a las leyes*” (apartado 13º). Según Requejo, “*Mientras en otras constituyentes esa “facultad” no suscitó el más mínimo interés y su definición pasó de unas a otras con la clandestinidad de una cláusula de estilo, los Diputados de Cádiz fueron perfectamente conscientes de su alcance y, sobre todo, de su peligro; tampoco dejaron de advertir que ni siquiera en este punto podía dudarse de la naturaleza constituida del monarca*”²¹⁴. En el trámite constituyente, rico en intervenciones sobre la prerrogativa de la *gracia*, se puso el acento en la necesidad de ordenar el régimen de indulto con arreglo a criterios alejados, en lo posible, de la arbitrariedad, pero sin poner en tela de juicio su titularidad regia, por lo que se confió a la ley la reglamentación del poder de indultar, así como el control sobre el mismo²¹⁵.

Los textos constitucionales españoles en el S. XIX, tomarán referencia en la de 1812 sobre la institución. Requejo²¹⁶ realiza un análisis de las

²¹² González Alonso, B., “Del Estado absoluto al Estado constitucional”, *ob. cit.*

²¹³ Sobre las funciones del Rey en la Constitución de 1812, *vid.* Marco Marco, J.J., “Las funciones de la Corona en la Constitución de 1812: especial referencia a la facultad de declarar la guerra y hacer la paz”, *Las Cortes de Cádiz, la Constitución de 1812 y las independencias nacionales en América*, Colomer Viadel, A., (coord.), Universidad Politécnica de Valencia, 2011, págs. 175-189

²¹⁴ Varela, J., “La Teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico (Las Cortes de Cádiz)” págs. 415 y ss. *Cit.* en Requejo Pagés, J.L., “Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español”, *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, núm. 2, 2001, pág. 85

²¹⁵ “*Con todo, habrá que esperar a 1870 para encontrar una ley específicamente dedicada a la disciplina del indulto. En el ínterin no faltaron previsiones contenidas en leyes y decretos, aunque siempre adolecieron de la inexistencia de un verdadero espíritu de sistema. Espíritu que, apuntado en las deliberaciones de Cádiz, se difuminó por completo en las constituyentes posteriores*” Requejo Pagés, J.L. “Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español”, *ob. cit.* pág. 88

²¹⁶ Requejo Pagés, J.L. “Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español”, *ob. cit.* pág. 88 y ss.

constituciones del S. XIX, y la posición de la *gracia* en ellas, y así “*el Estatuto Real, de 10 de abril de 1834, omitía toda referencia a la necesidad de que el Rey se ajustara en el ejercicio de la prerrogativa a lo dispuesto en las leyes. La Constitución de 1837 reproduce en el apartado 3º de su art. 47 la fórmula utilizada en la de Cádiz, con la sola diferencia de que la de indulto no se califica como facultad, sino como prerrogativa. El art. 47.3º de la Constitución de 1837 se reproduce punto por punto en el apartado 3º del art. 45 de la Constitución de 1845. En 1856 se intentaría dar un nuevo paso en la disciplina constitucional de la clemencia, disponiéndose en el art. 52.10º de la fallida Constitución de ese año que correspondía al Rey, entre otras prerrogativas, la de «indultar a los delincuentes con arreglo a las leyes», proscribiéndose los indultos generales y haciéndose necesaria la «petición de uno de los Cuerpos colegisladores» para que fuera posible indultar a un «Ministro a quien se haya exigido la responsabilidad por las Cortes». Como se sabe, la empresa constituyente del 56 acabaría fracasando a las pocas semanas, restaurándose enseguida el texto de 1845, bien que con algún retoque en punto, precisamente, a la prerrogativa de gracia”²¹⁷.*

Las previsiones limitativas sobre la amnistía y el indulto general, y la de la proscripción del indulto a los Ministros, se incorporarían en el art. 73 de la Constitución de 1869, el cual “*confería al Rey, en su apartado 6º, «además de las facultades necesarias para la ejecución de las leyes», la de*

²¹⁷ “El art. 9 del Acta Adicional a la Constitución de 1845, de 15 de septiembre de 1856, disponía que «además de los casos enumerados en el art. 46 de la Constitución, el Rey necesitará actuar autorizado por una ley especial: 1º Para conceder indultos generales y amnistías».20. Se trataba, en efecto, de una novedad respecto de lo que desde la Constitución de Cádiz venía siendo tradición, pues por vez primera se pone límite al indulto general y a la amnistía, reconduciéndolos en su ejercicio a la voluntad del Parlamento. El Acta Adicional, sin embargo, fruto de la singularidad política del momento²⁹, sería derogada por el Real Decreto de 14 de noviembre de 1856, por el que se ordena que sólo rija la Ley constitucional promulgada el 23 de mayo de 1845”, Requejo Pagés, J.L., “Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español”, *ob. cit.*, pág. 89

«indultar a los delincuentes con arreglo a las leyes, salvo lo dispuesto relativamente a los Ministros». Por su parte, el art. 74 imponía la previa autorización por una ley especial para que el Rey pudiera «conceder amnistías e indultos generales» (apartado 5º). Será ahora cuando definitivamente se ponga en planta una ley específicamente destinada a la ordenación del indulto particular; ley (aun parcialmente en vigor) cuya tramitación parlamentaria dará lugar a un abigarrado debate, fruto de la discusión paralela de otros proyectos de ley sobre distintas materias»²¹⁸.

En paralelo a estas previsiones constitucionales, se sucedieron varias regulaciones relativas al *derecho de gracia*, aunque ninguna de ellas fue la ley que preveía el art. 171 de la Constitución de 1812 (y art. 47.3 de la de 1837, art. 45.3 de la de 1845 y art. 52.10 de la *non nata* de 1856). Siguiendo a Herrero²¹⁹, éstas normas son:

- . Reglamento de 26 de Marzo de 1805 del sistema de rebaja y redención de condenas.
- . Reglamento del 12 de septiembre de 1807, con igual contenido que el anterior.
- . Real Orden de 16 de junio de 1830, para intentar limitar el sistema de concesiones y rebajas de los anteriores Reglamentos.
- . Real Decreto de 14 de abril de 1834 aprueba La Ordenanza General de Presidios Civiles del Reino²²⁰, donde se regulan los indultos generales y particulares.

²¹⁸ Requejo Pagés, J.L., “Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español”, *ob. cit.* págs. 89 y 90

²¹⁹ Herrero Bernabé, I., “Antecedentes históricos del indulto”, *ob. cit.*, págs. 703 a 709

²²⁰ “Como consecuencia de la promulgación del Código penal de 1822, que introducía nuevas penas privativas de libertad, se promulga esta Ordenanza para su aplicación en los presidios civiles del reino, que se publica en la *Gaceta de Madrid*, nº 57 del 18 de abril de 1834. Dedicó los artículos 355 al 361 de la sección 3ª del Título II a tratar de los indultos generales y particulares. El Artículo 355, establece que los

- . Real Decreto de 16 de abril de 1836, sobre atribución al Ministerio de Gracia y justicia de los expedientes de solicitud de premios, rebajas e indultos promovidos por los confinados en presidio²²¹.
- . Real Orden de 2 de abril de 1839 sobre los informes y las propuestas de indultos, con el objeto de obtener la uniformidad que facilita conocer las diferentes circunstancias que deben influir en la resolución de las solicitudes y propuestas de indultos²²².
- . Real Orden de 2 de marzo de 1843, adición a la Ordenanza de 1834
- . Real Orden de 16 de agosto de 1848, regula algunos de los aspectos de los indultos a las autoridades militares, tales como conceder indultos o ventajas, sin consultar al Gobierno.
- . Real Orden de 1 de marzo de 1866 que establecía que las solicitudes al Ministerio de la Guerra pidiendo la *gracia* del indulto, se dirigieran por conducto del tribunal sentenciador.
- . Real Decreto de 7 de diciembre de 1866, sobre concesión de indultos y prohibición de los generales²²³.

indultos generales y comunes no se aplicarán, ni aun por delitos no exceptuados, a los rematados que se hallaren ya en los depósitos correccionales o presidios cumpliendo sus condenas, a no ser que en los mismos indultos se prevenga expresamente lo contrario, sí les alcanzará los indultos generales por delitos no exceptuados, y con perdón de la parte ofendida, Herrero Bernabé, I., "Antecedentes históricos del indulto", *ob. cit.*, pág. 704

²²¹ "Es un intento de unificar en el Ministerio de Gracia y Justicia todo lo relacionado con el derecho de la gracia, tanto en su concesión como en las dudas e interpretaciones que pudieran surgir en su aplicación, en lo que respecta a los confinados en los presidios del Reino" Herrero Bernabé, I. "Antecedentes históricos del indulto", *ob. cit.*, pág. 705

²²² "Influiría en la Ley de la Gracia de Indulto, de manera especial en sus artículos 24 y 25, donde se indican los datos que deberá hacer constar el Tribunal sentenciador en el informe preceptivo que ha de emitir" Herrero Bernabé, I., "Antecedentes históricos del indulto", *ob. cit.*, pág. 705

²²³ "Este Real Decreto se fundamenta en la Ley de 17 de Agosto de 1860. Supone una respuesta ante una época de evidente abuso en la concesión de indultos mediante una regulación sistemática de los límites a la facultad de indultar. Posteriormente fueron acogidos por la ley de 18 de junio de 1870, donde tendría lugar la culminación de todo este proceso, que pese a su carácter provisional, mantiene todavía su vigencia. En fecha 24 de diciembre de 1866 se dicta una R.O. del Ministerio de Gracia y Justicia, (Gaceta del 26 de diciembre), mandando cesar la práctica de exigir derechos a los interesados en los expedientes de indulto cuando se practicasen diligencias de Real Orden" Herrero Bernabé, I., "Antecedentes históricos del indulto", *ob. cit.*, pág. 708

. Real Orden de 22 de Febrero de 1870 sobre el indulto a desertores y a quienes se encontrasen en estado de rebeldía, y que será recogido en la Ley de la *gracia* de Indulto de 1870 arts. 2.1 y 2.2 como exceptuados de poder ser indultados.

Será bajo la vigencia de la Constitución de 1869, art. 73, cuando vea la luz la Ley Provisional estableciendo reglas para el ejercicio de la *gracia* de indulto de 18 de junio de 1870, que regula el indulto particular y que con diferentes modificaciones, y aun después de 145 años de historia, está actualmente en vigor. Dicha norma será objeto de estudio de forma pormenorizada en este trabajo. Una ley que *“fue derogada varias veces y decretada con posterioridad su vigencia. Las Cortes Republicanas Constituyentes por Ley 9 de agosto de 1873 la abolieron, con excepción de la pena de muerte y de la conmutación de las perpetuas, artículos 1 a 37. Pocos meses después un viraje constitucional, mediante Decreto de 12 de enero de 1874, determinó que se restableciera. Pero fue también derogada parcialmente, a través del Decreto de 4 de febrero de 1932 y, restablecida de nuevo y modificada por Decreto de 22 abril de 1938”*²²⁴.

De esta forma, sólo en los periodos republicanos dejó de tener vigencia la Ley de indulto de 1870. La Constitución de la II República Española, modificaría el esquema tradicional del *derecho de gracia*, al prever que la

²²⁴ Herrero Bernabé, I., “El derecho de gracia: indultos”, *ob. cit.* pág. 30. El mismo autor también relaciona las diferentes normas aprobadas desde 1870 referentes al indulto que, hasta el Decreto de 22 de abril de 1938 fueron las siguientes: Ley 9 de agosto de 1873, aboliendo la gracia de indulto, Decreto de 12 de enero de 1874, restableciendo la LGI, Orden del MGJ 17 de febrero de 1874, RO de 3 de julio de 1875, Ley Electoral de 26 de junio de 1890, RO de 2 de enero de 1891, RO circular de 3 de octubre de 1891, Jurisdicción de Marina, RD de 22 de octubre de 1906, Instrucción de 24 de enero de 1907, RO de 24 de diciembre de 1914, RD de 27 de junio de 1918 RO de 9 de junio de 1924, Circular de la FTS 14 de abril de 1925, RO del MGJ de 4 de noviembre de 1925, RD-L de 6 de septiembre de 1927, Decreto de 4 de febrero de 1932, Ley de Vagos y Maleantes de 1933. Herrero Bernabé, I., “El derecho de gracia: indultos”, *ob. cit.* págs. 30 a 42

potestad para conceder los indultos correspondería al Tribunal Supremo. El art. 102, Constitución de 1931, indicaba: *“Las amnistías sólo podrán ser acordadas por el Parlamento. No se concederán indultos generales. El Tribunal Supremo otorgará los individuales a propuesta del sentenciador, del Fiscal, de la Junta de Prisiones o a petición de parte. En los delitos de extrema gravedad podrá indultar el Presidente de la República previo informe del Tribunal Supremo, a propuesta del Gobierno responsable”*.

Dicha regulación constitucional, sucumbió con el alzamiento de 1936 y la dictadura del general Franco de 1939-1975. El Decreto del Ministerio de Justicia, de 22 de abril 1938, BOE de 24 de abril, restablecería la vigencia de la Ley de indulto de 1870 *“con mínimos retoques, tales como excluir la necesidad del informe del Consejo de Estado previsto en el art. 13. Aquí importa solamente la reveladora Exposición de Motivos de este Decreto, que trasluce la clara intención de pasar cuentas con la República, recriminándole su intento de debilitar una potestad tan radicalmente soberana -y, por ello, propia del Jefe del Estado- como «la potestad de clemencia»²²⁵. El citado Decreto preveía, en el art. 4, que “El otorgamiento de indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en Decreto Motivado, previa deliberación de Consejo de Ministros, a propuesta del de Justicia. Dichos Decretos se insertarán en el Boletín Oficial del Estado”*.

²²⁵ *“Frente a las previsiones del art. 102 de la Constitución de 1931 se opone abiertamente el régimen del alzamiento: «El Nuevo Estado Español, no sólo reaccionando contra esas tendencias y principios productores de las terribles consecuencias que han rodeado su nacimiento, sino también como inmediato resultado de su peculiar naturaleza, se germinó jurídicamente asumiendo su Jefe todos “los poderes absolutos del Estado”. De tal forma, si por lo que tiene de culto a la tradición, el Nuevo Estado busca en la constante histórica de nuestro Derecho patrio, la directriz del futuro ordenamiento, por lo que encierra de ansias totalitarias, proclama la unidad del Poder, sin tibiezas ni divisiones (sic) bizantinas”* Requejo Pagés, J.L., *“Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español”*, ob. cit., pág. 100

Con la Constitución de 1978 el *derecho de gracia* vuelva a alcanzar rango constitucionalizado en el art. 62.i), como función del Rey. La regulación legal de la institución sin embargo se mantendría en los mismos términos que calificó como provisional el legislador del XIX, y contenida en la Ley Provisional estableciendo reglas para el ejercicio de la *gracia* de indulto de 18 de junio de 1870. Modificada por Ley 1/1988, de 14 de enero, tal modificación determinará fundamentalmente que el Decreto de concesión del indulto, que debía ser “*motivado y acordado en Consejo de Ministros*” en la redacción anterior del art. 30, no va a tener con su nueva redacción, necesidad de motivación expresa.



CAPÍTULO IV

LA GRACIA EN EL DERECHO COMPARADO

1.- El derecho de gracia en los ordenamientos constitucionales

El común origen de la institución de la *gracia* en la gran mayoría de los ordenamientos occidentales, y la identificación histórica de ésta con el concepto de perdón va a determinar que la *gracia* se encuentre regulada y reconocida en la práctica totalidad de los modelos constitucionales. Las manifestaciones clásicas de la *gracia* (amnistía, indulto particular e indulto general) se encuentran identificadas (todas o alguna de ellas) en los ordenamientos constitucionales bajo diferentes denominaciones, con fórmulas de atribución de la potestad de perdonar también dispares y con efectos diversos²²⁶.

Así, en Italia el término *clemenza*, es el equivalente al concepto genérico de la *gracia* en España, mientras que *grazia* se identifica con el indulto particular, e *indulto* es el equivalente a nuestro indulto general, siendo

²²⁶ “Los modos que adopta la concesión de la gracia en los sistemas comparados varía, pero podrían clasificarse en tres: a) la amnistía; b) el indulto que, en algunos casos adopta las formas de indulto general e indulto particular (pero no necesariamente se subdivide siempre en ambas fórmulas, pues cabe que se prevea el indulto como forma de gracia sólo general y a la forma individual se la conozca con otra denominación); c) otras formas variadas (por ejemplo, la conmutación de penas), que en unos sistemas equivale a lo que en otros se denomina indulto, mientras que en otros más suponen efectos algo diversos de éste” Aguado Renedo, C., “Problemas Constitucionales del Ejercicio de la Potestad de Gracia”, Ed. Civitas, Fundación “Agrupación Independiente del Senado 1977”, 2001, pág. 38

común en ambos ordenamientos el concepto de amnistía. Siguiendo a García San Martín, *“por su parte en Estados Unidos, y generalmente en los sistemas anglosajones se refiere a la institución graciosa en toda su amplitud, con la expresión “mercy”, designado a nuestro indulto a través de la expresión “pardon” y a la amnistía con la expresión “general pardòn”. En Alemania la gracia es significada con el término de “Gnade”, amnistía con “Amnestie” y el indulto particular con “Einzelbegnadigung”. En el sistema galo, “la grâce amnistiante”, hace referencia al indulto, mientras que la “amnistie”, es la amnistía, añadiéndose, además, la figura de la “amnistié judiciaire”, que equivaldría lo que se conoce como perdón judicial”*²²⁷.

La atribución de la potestad de otorgar el indulto igualmente varía entre los diferentes Estados, no obstante parece mantenerse una pauta sobre la determinación de la facultad de otorgamiento de la amnistía por parte del poder Legislativo, reservándose el poder Ejecutivo la concesión del indulto particular, aunque los supuestos son variados²²⁸.

²²⁷ García San Martín J., “El Control Jurisdiccional del Indulto Particular”, Tesis Doctoral, Facultad de Ciencias Jurídicas de la ULPGC, Departamento de Derecho Público. Las Palmas de Gran Canaria, 2006, pág. 46

²²⁸ “Los regímenes muestran una importante variedad de supuestos, desde los que atribuyen el ejercicio de la amnistía e indulto al Parlamento (artículo 85.7 de la Constitución Suiza), hasta las que atribuyen el ejercicio de ambos institutos al Jefe del Estado” Aguado Renedo, C., “Problemas Constitucionales del Ejercicio de la Potestad de Gracia”, *ob. cit.*, pág. 60

“Entre ambos márgenes se conjugan tantas opciones como textos constitucionales. En el caso de la amnistía, algunas constituciones exigen una mayoría parlamentaria especialmente cualificada para la aprobación de leyes con tal objeto⁶³. En el caso del indulto, no siempre está confiado su ejercicio al Parlamento o al Jefe del Estado, así hay regímenes donde se atribuye su titularidad al Gobierno (supuesto sueco y asimismo ha de entenderse el holandés), o que no cabe su ejercicio sin su previa propuesta o de algunos de sus miembros (supuesto griego). En el sistema alemán, en el que se atribuye la susodicha facultad al Presidente Federal, la Constitución prevé expresamente la posibilidad de delegar su ejercicio en otras autoridades, sin hacer mención expresa a la forma que ha de presentar dicha delegación⁶⁴. En Irlanda, con estrecha similitud al sistema germano, se contempla expresamente la posibilidad de la delegación del ejercicio de la prerrogativa, delegación cuyo texto constitucional exige se materialice en forma de una ley. Por su parte, en aquellos supuestos donde la Constitución atribuya la titularidad de la

2.- El derecho de gracia en Reino Unido

En Reino Unido, la *gracia* se denomina *Royal prerogative of mercy*, y es una de las prerrogativas reales del monarca británico, que puede ejercer la potestad de indultar a través del perdón Real. Originalmente era el monarca reinante quien ejercía tal prerrogativa. Las reformas operadas en el S. XIX en el sistema constitucional inglés, determinaron que la mayor parte de las prerrogativas del Rey requiriesen para su ejercicio de la participación del Consejo de Ministros el cual debe responder ante el Parlamento. Sin embargo, el perdón real se mantuvo como prerrogativa del monarca. La actual distinción entre actos que la Reina puede ejercer por sí misma y los que ostenta como Jefe del Estado, en Reino Unido, determinan que sea el Gobierno quien ejerza *de facto* tal prerrogativa, bien por atribución expresa, bien mediante una propuesta de perdón elevada a la Reina que como acto debido, deberá atender²²⁹.

Tal sistema ha sido objeto de diferentes intentos de modificación, con la intención de otorgar protagonismo al Parlamento en el ejercicio de dicha prerrogativa o, al menos, sobre la posibilidad de establecer algún tipo de mecanismo de control sobre la misma²³⁰. En el Libro Verde del Gobierno Británico de julio de 2007²³¹, por su parte, se planteó que el ejercicio de las prerrogativas del monarca –aquellas no atribuidas personalmente-

gracia al Jefe del Estado se hará precisa la intervención del Gobierno a través del refrendo” García San Martín J., “El Control Jurisdiccional del Indulto Particular”, *ob. cit.*, pág. 48

²²⁹ Maer, L., “*The Royal prerogative*” *House of Commons Library*, diciembre 2009, pág. 1. Trad. libre

²³⁰ *The Public Administration Select Committee* publicó en marzo de 2004 unas recomendaciones sobre la prerrogativa real

²³¹ *Governance of Britain Green Paper*

deberían tener una nueva base jurídica, y someterse bajo el control del Parlamento²³².

3.- El derecho de gracia en Francia

Los primeros textos constitucionales franceses no contenían referencias a la *gracia* pero la misma se ejerció por voluntad de la Asamblea. El art. 17 de la Constitución francesa de 1958, reconoce al Presidente de la República el ejercicio de la prerrogativa de indulto, a título individual²³³. Como se puede advertir para el indulto particular utiliza el término *faire grâce*, como acción de conceder la *gracia*. Identifica así el indulto con nuestro término *gracia*.

Siguiendo a Avril, “*el derecho de gracia se define como acto mediante el cual el Presidente de la República modifica las condiciones de ejecución de una pena a la que una persona ha sido condenada. Puede consistir ya sea en la remisión de todo o parte de la condena, ya sea en su conmutación en el caso de la pena capital*”²³⁴. Las similitudes entre el *derecho de gracia* en España y en Francia son muchas. Tanto respecto como a las formas de manifestarse el indulto –total y parcial- y a sus efectos –remisión o conmutación de la pena-, como por tener al Jefe del Estado como titular de su ejercicio –el Rey y el Presidente de la República, respectivamente-, mediante un acto que debe ser refrendado por el Ministro de Justicia, en ambos casos.

²³² Maer, L., “*The Royal prerogative*”, *ob. cit.*, pág. 7

²³³ Art. 17, Constitución de 1958: “*Le Président de la République a le droit de faire grâce à titre individuel*”

²³⁴ Avril, P., “*Lexique de Droit constitutionnel*”, PUF, Paris, 1994, pág. 47. *Cit.* en García Mahamut, R., “*El Indulto un análisis jurídico-constitucional*”, Ed. Marcial Pons, 2004, pág. 96

No obstante, en Francia no están prohibidos los indultos generales en la Constitución, por lo que la *gracia* puede tener un carácter colectivo “*se trata de medidas colectivas adoptadas de manera anónima con ocasión de un acontecimiento o una fiesta. Beneficia a todas las categorías de condenados definidos en dicha medida colectiva de gracia, cualesquiera que sean sus méritos*”²³⁵. Al igual que en España, la amnistía es un acto legislativo, con la diferencia de que la Constitución francesa, en su art. 34, la prevé de forma expresa²³⁶.

4.- El derecho de gracia en Italia

En Italia, las manifestaciones de la *gracia* son tres: indulto general (que se denomina *indulto*), el indulto particular (con el nombre de *grazia*) y la amnistía. En la Constitución de la República de Italia de 1947 se hace expresa mención a las tres manifestaciones de la *gracia* (denominada *clemenza*).

En el art. 79, en redacción dada tras la reforma constitucional de 6 de marzo de 1992, se prevén la amnistía y el indulto (nuestro indulto general) como actos del Legislativo otorgados por una ley que requiere de mayoría especialmente cualificada de 2/3 de cada Cámara, sobre todos y cada uno de los artículos, y en votación final: “*La amnistía y el indulto serán otorgados con ley deliberada por la mayoría de los dos tercios de los*

²³⁵ Raingeard de la Bletiere, L.M., “*Le President de la Republique a le droit de faire grace. Article 17*”, *La Constitution de la republique francaise*, Luchaire, F., Ed. Economica, París, 1987, pág.662. Cit. en García Mahamut, R., “El Indulto un análisis jurídico-constitucional”, *ob. cit.*, pág. 99

²³⁶ Art. 34, Constitución de 1958: “*(...)La loi fixe également les règles concernant : la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats*”

*miembros de cada Cámara, en cada artículo y en la votación final. La ley que concede la amnistía o el indulto establece el plazo de aplicación de los mismos. La amnistía y el indulto no podrán aplicarse nunca a los delitos cometidos con posterioridad a la presentación del proyecto de ley*²³⁷. En su anterior redacción, la amnistía y el indulto (general) eran concedidos por el Presidente de la República, por ley de delegación de la Cámara, sin que pudiese aplicarse a hechos cometidos posteriormente a la propuesta de delegación²³⁸.

En el art. 75, se excluye a la amnistía y al indulto (general) de poder ser sometidas a referéndum popular cuyo efecto sea la derogación total o parcial de una ley o acto con fuerza de ley: *“Se celebrará referéndum popular para decidir sobre la derogación total o parcial, de una ley o de un acto con fuerza de ley, cuando lo soliciten quinientos mil electores o cinco Consejos regionales. No se admitirá el referéndum para las leyes tributarias y presupuestarias, de amnistía y de indulto, ni de autorización para ratificar tratados internacionales*²³⁹. Y el art. 87 prevé la *grazia* (indulto particular) junto a la posibilidad de conmutar la pena, como atribución del Presidente de la República²⁴⁰.

²³⁷ Art. 79, Constitución de 1947: *“L’amnistia e l’indulto sono concessi con legge deliberata a maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera, in ogni suo articolo e nella votazione finale. La legge che concede l’amnistia o l’indulto stabilisce il termine per la loro applicazione. In ogni caso l’amnistia e l’indulto non possono applicarsi ai reati commessi successivamente alla presentazione del disegno di legge”*

²³⁸ Art. 79, Constitución de 1947 (redacción anterior a la reforma constitucional de 6 de marzo de 1992): *“L’amnistia e l’indulto sono concessi dal Presidente della Repubblica su legge di delegazione delle Camere. Non possono applicarsi ai reati commessi successivamente alla proposta di delegazione”*

²³⁹ Art.75, Constitución de 1947: *“È indetto referendum popolare per deliberare l’abrogazione, totale o parziale, di una legge o di un atto avente valore di legge, quando lo richiedono cinquecentomila elettori o cinque Consigli regionali. Non è ammesso il referendum per le leggi tributarie e di bilancio, di amnistia e di indulto, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali”*

²⁴⁰ Art. 75, Constitución de 1947: *“Il Presidente della Repubblica è il capo dello Stato e rappresenta l’unità nazionale (...) Può concedere grazia e commutare le pene”*

La ley penal italiana, atribuye diferentes efectos a la *amnistía*, *indulto* y *grazia*; mientras *indulto* y *grazia* extinguen la pena, la *amnistía* extingue el delito²⁴¹. Al respecto, dice Barile “*El poder de la gracia se articula en el poder de amnistía, que es un medio de extinción del delito; de indulto, que es un medio de extinción general de la pena (total o parcial), y de gracia en sentido estricto, que es un medio de extinción o de reducción o de conmutación de la pena individual*”²⁴².



²⁴¹ Título V, Código Penal italiano

²⁴² Barile, P., “*Istituzioni di Diritto Pubblico*”, Ed. Cedam, Padova, 1999, pág. 316. *Cit.* en García Mahamut, R., “El Indulto un análisis jurídico-constitucional”, *ob. cit.*, pág. 111



CAPITULO V

EL REY EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978

La determinación de los elementos configuradores de la monarquía en el sistema constitucional parten de la proclamación en el art. 1.3 CE de la monarquía parlamentaria como la forma política del Estado: “*La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria*”²⁴³. Y desde ella debe entenderse el papel de la Corona en el marco de la Constitución. Tal afirmación, sin un contenido explícito dentro del citado precepto, debe ponerse en relación con el elemento nuclear del Estado de Derecho: el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular, que se plantea ya en el Preámbulo de la Constitución: “*La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo. Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular (...)*”.

²⁴³ La Doctrina ha criticado la determinación como forma política del Estado que realiza la Constitución al referirse a la monarquía parlamentaria que, en puridad, corresponde a la forma de gobierno. *Vid.* Torres del Moral, A., “Concepción pansimbolista de la monarquía parlamentaria”, *ob. cit.*, pág. 189

1.- La monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978

El sentido del concepto monarquía parlamentaria, solo cabe entenderlo desde la voluntad del constituyente de explicitar el pleno y absoluto sometimiento de la Corona a la ley. La calificación de la monarquía como parlamentaria, no se plantea solo en términos de una relación de jerarquía entre los dos órganos del Estado (Corona-Parlamento), sino como materialización de la función legislativa que encarnan las Cortes. Un sometimiento que se simboliza en el poder titular de la creación de la categoría jurídica ley, como fuente de creación, pero que no tiene su límite en tal categoría. El sometimiento a la ley lo es a la concepción abstracta de la ley como modelo normativo *per se*, que no se agota en tal categoría normativa sino que abarca a la totalidad del ordenamiento jurídico. El concepto de ley como categoría genérica donde se englobaría a todas las fuentes del derecho: imperio de la ley.

La configuración de la Corona sometida al Parlamento, va a determinar los límites de su capacidad de actuación. La Corona existe porque la Constitución quiere que exista, y debe a ésta su plena legitimación en el Estado. La opción por la monarquía por parte del constituyente, hace de ésta una institución derivada, y no previa, a la propia Constitución. Es una institución constituida. Y si bien es cierto que la Corona era la jefatura del Estado con anterioridad a la Constitución, ésta la configura en el modelo de Estado constitucional pues se opta por la configuración monárquica de la jefatura de Estado sin un previo sometimiento a la legalidad anterior.

Así, la Constitución instauro el modelo de monarquía parlamentaria, y ajusta a tal modelo la previa monarquía establecida. Pero tal ajuste no es sino la creación de la institución a la luz de la Constitución, sin el sometimiento a unas premisas previas de obligado cumplimiento. Con la Constitución se crea la Corona para el Estado y determina cuales son los elementos de encaje de la institución.

La Constitución como norma de creación de la monarquía, determina la sujeción y sometimiento de la institución a tal norma, como exigencia de legitimación. Y solo desde la norma constitucional, puede entenderse el concepto de Corona en el Estado. Ello conlleva que la Corona no será más que lo que la Constitución haya previsto de ella, sin más facultades residuales ni una *vis atractiva* sobre competencias que no le hayan sido expresamente atribuidas. El sometimiento de la Corona a la ley, parte pues de la propia existencia y legitimación de la Corona en la norma constitucional. Una institución que deriva de la exclusiva voluntad del constituyente y, por ello, del titular del poder soberano. El pueblo como titular de la soberanía nacional es quien legitima la monarquía como forma política del Estado, y a éste le debe su ser y su razón de ser.

Sin embargo, no se agota aquí la relación de “sumisión” y dependencia de la Corona respecto al pueblo: la intrínseca definición de monarquía como parlamentaria, advierte de la prevalencia de lo “parlamentario” respecto a la institución. La monarquía es la forma política del Estado, en tanto en cuanto deriva de la voluntad del Parlamento, esto es, de la representación popular. El principio representativo alcanza, con ello, el grado de representación de la nación, soberana del Estado. El monarca, por tanto, ya no es el soberano, y pliega su reconocimiento y existencia a la voluntad del verdadero titular de la soberanía, por representación.

La monarquía en nuestro sistema constitucional sólo se entiende desde la plena sujeción de ésta al principio democrático²⁴⁴, desde el cual se legitima como forma política del Estado, a través de la representación parlamentaria. La monarquía no solo debe su existencia en nuestra Constitución a su sometimiento a Las Cortes, sino que, y en primera instancia, se legitima en la voluntad del pueblo soberano al expresarse democráticamente. La democraticidad del sistema es punto de partida para legitimar la monarquía parlamentaria.

El Parlamento es instrumento o un medio de expresión democrática del pueblo, en tanto titular de la soberanía, pero es ésta voluntad popular a través de la participación democrática, la que verdaderamente legitima la monarquía como forma política, y le dota de su status constitucional. El principio democrático se explicita en su formulación parlamentaria. De esta forma la monarquía es legítima en tanto deriva de la voluntad democrática del pueblo, el cual tiene la plenitud de las facultades del Estado, como titular de la soberanía, para definir la forma política del Estado.

La expresión de la voluntad del pueblo, no obstante, no se agota con el ejercicio del poder constituyente con la consagración constitucional de la monarquía como la forma política del Estado, sino que se manifiesta

²⁴⁴ *“En la pureza de los modelos, el principio monárquico significaba la soberanía del Rey, la concentración en él de todo el poder estatal, incluso su identificación con el Estado. La corona, dice García Pelayo, integró gentes, tierra, derechos y poderes en una unidad precursora de la idea de Estado. El Rey estaba por encima del Derecho; era solutus ex legibus, era absoluto. Si acaso no fuera una verdad histórica que Luis XIV dijera «el Estado soy yo», sí estaba en condiciones jurídico-políticas de decirlo. En cambio, el principio democrático significa soberanía popular, participación, electividad y temporalidad de los cargos, responsabilidad de los poderes públicos y sometimiento de éstos al ordenamiento jurídico; es decir: estado de derecho”,* García Pelayo, M., “Del mito y de la razón en el pensamiento político”, *Obras Completas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, vol. II, págs. 1051-1072. *Cit.* en Torres del Moral, A., “Concepción pansimbolista de la monarquía parlamentaria”, *ob. cit.*, pág. 188

periódicamente en cada declaración de su cuerpo electoral, mediante la elección de representantes en las Cortes. La participación democrática en el proceso electoral, determina el sucesivo escrutinio de la voluntad del pueblo en la designación de representantes en las Cortes, los cuales, igualmente, tienen la posibilidad de impulsar una nueva forma política de Estado, de considerarse necesario –y legítimo- el ejercicio del poder constituyente-constituido en tal sentido.

El sometimiento de la monarquía al principio democrático es por tanto, pleno e indiscutible. La monarquía en nuestro sistema constitucional es esencialmente democrática, pues de no serlo, simplemente, dejaría de ostentar su legitimación como forma política del Estado.

El segundo axioma que se desprende del predicado parlamentario de la monarquía es el sometimiento a los mandatos de las Cortes. La función de jefatura no la ostenta materialmente el Rey, sino el Parlamento, de forma que en puridad, la forma política del Estado no es la monárquica, sino la parlamentaria, adjetivando lo monárquico a lo parlamentario. El Parlamento ejerce la jefatura del Estado a través del monarca, como ente instrumental. La expresión política del Estado es la manifestación parlamentaria, articulada a través del Rey como plasmación formal de la voluntad del Parlamento.

El Parlamento entendido no como órgano que ejerce la función legislativa, sino como representación del pueblo, titular de la soberanía del Estado. El Parlamento es personificación del ente colectivo soberano y detenta, a modo de abstracción, el título de la representación de la soberanía del Estado. La monarquía parlamentaria es la fórmula para explicitar el sometimiento del monarca al poder soberano del pueblo, y con ello, la

expresa exclusión de todo atisbo de poder soberano residual a favor del monarca.

Que la monarquía parlamentaria solo quepa entenderla como expresión del pleno sometimiento de la institución al poder soberano del pueblo va a situar a ésta como elemento instrumental respecto al Parlamento, y ordenada sólo a cumplir las funciones que le atribuye expresamente la Constitución.

Una relación de dependencia Corona-Cortes que no solo se advierte en el esquema de funciones del Título II, sino que también se desprende de los preceptos constitucionales que, en el mismo Título, configuran a la institución: participación del Parlamento en la provisión en la sucesión a la Corona tras la extinción de todas las líneas (art. 57.3); posibilidad de prohibición por las Cortes de contraer matrimonio a los llamados a suceder el trono (art. 57.4); resolución de las abdicaciones, renunciaciones y dudas de hecho o de derecho en la sucesión a la Corona, mediante ley orgánica (art. 57.5); el reconocimiento por las Cortes de la imposibilidad del ejercicio de la autoridad por parte del Rey a efectos de una Regencia (59.2); el nombramiento de Regencia por las Cortes Generales caso de no existir persona a la cual le correspondiese (59.3); el nombramiento de tutor del Rey menor de edad por las Cortes Generales, si no existe tutor designado por el Rey difunto y el padre o la madre del Rey menor hubiesen fallecido o no permanezcan viudos (60.1); la proclamación del Rey ante las Cortes, prestando juramento (art. 61.1).

El Título Preliminar de la Constitución determina las premisas desde las cuales se deben entender a la monarquía en el Estado. El art. 1, apartado 1º: *“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho,*

que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”, advierte claramente que todo el contenido del texto constitucional debe entenderse a la luz del principio democrático, fundamento del Estado. La forma política del Estado es expresión del principio democrático y su legitimidad depende de su democraticidad. Pero también deriva de tal concepto de Estado el sometimiento al imperio de la ley.

En el apartado 2º del art. 1 CE, se afirma con claridad que el único soberano del Estado es el pueblo español, sin que quepa ningún otro titular de la soberanía –ni, por supuesto, que haya una mínima opción a que la Corona pueda detentarla-: *“La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”*. ¿La Corona es un poder del Estado? El concepto de poder del art. 1.2 es el propio de las manifestaciones de la soberanía del pueblo, puesto en relación con los principios configuradores del Estado de Derecho, donde resulta elemento fundamental la separación de poderes. El “poder” no es un atributo del Rey. Si, en cambio, compartiría el concepto de órgano del Estado, incluso de poder público, del art. 9.1 CE.

En todo caso, la dicción del art. 1.2 no determina que los poderes del Estado emanen de la soberanía, sino directamente del pueblo (*“del que emanan”*), como titular de la soberanía. Entre los poderes del Estado a que hace referencia el apartado 2º se debe entender incluido el poder constituyente –poder creador de la Constitución-, y no solo el Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Pero también a todos los poderes públicos. Y si se detenta el poder sobre el todo, obviamente se ostenta también sobre la parte. Del pueblo emanan, no solo los poderes, sino también el íntegro contenido de la Constitución, la definición del propio Estado, su forma

política, la institución que encarnará su jefatura y el resto de poderes, funciones e instituciones del Estado.

Cuando el apartado 3º del art. 1 CE, dice que *“La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria”*, lo hace una vez ya se ha afirmado el principio democrático, la titularidad de la soberanía en el pueblo y su determinación como origen de todos los poderes del Estado. De ello, solo puede entenderse que la monarquía parlamentaria deriva del pueblo, y éste ejerce la soberanía nacional con sujeción al principio democrático. La monarquía parlamentaria tiene como premisa el Estado social y democrático de Derecho y la soberanía popular, y es la forma política del Estado por decisión del pueblo soberano, y emana de él. El ejercicio de las funciones del Rey debe desempeñarse desde el estricto sometimiento a la voluntad del pueblo expresada en la Constitución, e igualmente plegada al mandato de las Cortes, como verdadera titular de tales funciones, en tanto representa al pueblo. La doble condición del Parlamento como representación del pueblo soberano y como órgano de creación de la ley, es determinante de la posición de la monarquía en la Constitución.

El art. 9 de la Constitución, plasma los principios que deberán regir la actuación de los poderes públicos: *“1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”*. Sujeción que no sólo determina pleno respeto al ordenamiento jurídico en el actuar sino que la misma legitimación del poder se deriva, precisamente, de tal sometimiento. No cabe por ello un actuar contrario a la Constitución, pues los actos solo pueden ejercerse conforme a la misma. La Constitución es la norma legitimadora del poder público, y

determina su ser, su forma de ser, sus funciones y competencias y es el límite en su actuar.

2.- Las funciones del Rey en la Constitución de 1978

Desde las premisas del Título Preliminar debe entenderse la posición de la Corona y sus funciones en el Estado, en su Título II. Y así, en el art. 56, que es el primer precepto que regula la institución, se va a afirmar tal sometimiento: *“1. El Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes”*. La relación de funciones y símbolos que se atribuyen al Rey en este precepto, no son, propiamente, las “funciones” del Rey que en el último inciso se dicen atribuidas expresamente por la Constitución y las leyes.

El art. 56.1, describe la Corona como institución, y proclama respecto a la misma una serie de actos de jefatura del Estado, que le corresponde ejercer el Rey en tanto Jefe del Estado. No son funciones, sino la forma de manifestar externamente la jefatura. En tal sentido debe entenderse la relación de actuaciones simbólicas que se atribuyen a la Corona en este precepto. El Jefe del Estado representa así la esencia del Estado, y su atributo principal es su unidad y permanencia.

Se trata de una característica simbólica, donde el Rey encarna la unidad y permanencia del Estado, pues desde la jefatura del Estado se personifica al Estado. La unidad del Estado una de sus características esenciales y el Jefe del Estado en virtud del art. 56.1, es el símbolo de la unidad, tanto en su dimensión interna como en su dimensión externa. No es una atribución regia, sino una característica del Estado que se personifica en el Jefe del Estado.

La unidad del Estado, sin embargo, no se afirma –textualmente– en la Constitución, salvo en el propio art. 56.1, y sólo por la mención a quien debe ser su símbolo. Tampoco el concepto de “permanencia del Estado” encuentra una referencia expresa en el texto constitucional. El art. 2 CE no habla de la “unidad del Estado”, sino de la unidad de la Nación española, como el fundamento de la Constitución: *“La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles...”*. La Nación es uno de los elementos del Estado, pero no conforma el todo estatal. La Nación es “patria común e indivisible” de todos los españoles, por lo que, en tal dicción, la Nación española no es solo el elemento humano del Estado, sino un concepto abstracto que pertenece a todos los españoles y del que todos forman parte, identificado como patria.

La identidad entre Nación-Estado, desde el predicamento de la unidad de ambos en los arts. 2 y 56.1 CE, no es, sin embargo, la consecuencia inequívoca que pueda alcanzarse desde el texto de la Constitución. La unidad del Estado supone subsumir conceptualmente en ella la unidad de la Nación, complementando el significado de unidad del Estado con el de unidad de la Nación. Que la Nación sea unidad, permite integrar tal unidad en el concepto de Estado, pero no determina, *per se*, que con la

unidad de la Nación se atribuya la unidad al Estado. La unidad de una parte, no determina la unidad del todo²⁴⁵.

Por su parte, del concepto de permanencia del Estado, debe entenderse la manifestación constituyente de un Estado –como su norma creadora– y su voluntad de trascender en el tiempo, más allá de la Constitución. El Estado como un ente preexistente a la propia norma constitucional y trascendente a ella. La permanencia del Estado es un atributo esencial del mismo.

Las funciones consecuencia de su característica simbólica respecto a la unidad y la permanencia del Estado se explicitan en el orden interno y externo; en el orden interno, “*arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones*”, mientras que, en el orden externo, “*asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica*”. Por una parte, la misión de arbitrar y moderar las instituciones, y por otra parte, la de ejercer –asumir– la más alta representación del Estado.

No obstante, la condición del Jefe del Estado como árbitro y moderador del funcionamiento de las instituciones, plantea evidentes problemas en cuanto a su significado, a su concreción efectiva en unas funciones determinadas, y a sus límites. Podría considerarse que, atendida la inexistencia de un contenido en el texto constitucional que explicita la función de arbitrar y moderar, en ella cabría toda participación del Rey ordenada a ejercerla. Tan posibilidad gozaría de la necesaria previsión

²⁴⁵ Sobre la Corona y su posición en la estructura del Estado compuesto, *vid.* Vivancos Comes, M., “Corona, arquitectura territorial y estatutos de segunda generación”, *Las monarquías europeas en el siglo XXI*, Rollnert Liern, G. (coord.), Ed. Sanz y Torres, 2007, págs. 191-206

constitucional que legitima su ejercicio, según exige el último inciso del art. 56.1, si se entendiese que la sola mención de tal función en el art. 56 bastaría para tener por cumplida la exigencia de atribución expresa en la Constitución. Y siempre y cuando los actos realizados por el Rey, en ejercicio de tal función, estuviesen refrendados en los términos que exige el apartado 3 del mismo art. 56.

La función de arbitrar y moderar el funcionamiento de las instituciones operaría como una clausula abierta, pues la amplitud de su significado permite incluir cualquier acto relacionado con las instituciones. El Rey se convertiría, así, en un instrumento en manos del refrendante, para intervenir en cualquier situación y ante cualquier otra institución en el Estado.

Sin embargo, no parece que tan amplia interpretación de la función de arbitrar y moderar se cohoneste con la configuración constitucional de las funciones del Rey, por cuanto tal abstracción es incompatible con el requerimiento de una atribución expresa de funciones que realiza el art. 56.1 *in fine*, por lo que no es dable entender que el Rey pueda ejercer funciones más allá de las expresamente determinadas en los arts. 62 y 63 CE. A tal conclusión se llega, también, desde el análisis del ejercicio de la “*más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales*”, por cuanto tal misión tiene su correlativo en el art. 63, respecto al ejercicio concreto de las funciones representativas del Estado por parte del Rey, en el ámbito internacional.

De esta forma, cabría afirmar que el art. 56.1 no atribuye funciones al Rey. El inciso “(...) *y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes*”, determina que las actuaciones simbólicas

descritas antes de tal inciso, no son funciones del Rey, sino descriptores de la condición simbólica del Jefe de Estado. Las funciones del Rey son una especie diferente a la misión de representación del Estado, o más concretamente, de tal representación derivan las funciones que atribuye la Constitución al Rey. Sin embargo, no cabe sostener que la misión simbólica es ajena al sometimiento a la Constitución y a las leyes, pues tal sumisión es condición previa y necesaria para la propia existencia de la función.

En todo caso de entenderse que la misión simbólica pudiera determinar unas funciones concretas en el Rey, las mismas se deberían establecer expresamente por la Constitución, pues no resulta suficiente una mera nominación de las mismas, por la ambigüedad en la que se encuentran citadas, para cumplir éstas también la previsión previa de atribución en la norma constitucional. Las facultades simbólicas no pueden tener una extensión no legitimada por la Constitución; su ejercicio carece de una potencial extensión más allá de lo que en el propio precepto se establece y requiere de una concreción que, en realidad, se encuentra en los arts. 62 y 63. El ejercicio de las funciones simbólicas, exigiría de una previa materialización en la Constitución, al regular las funciones efectivas del Rey.

El Rey es el Jefe del Estado porque la Constitución lo instituye como tal y sus funciones son las que expresamente le atribuye el Ordenamiento Jurídico. Y sus funciones son las que prevé el art. 62. CE, en los términos siguientes:

“Corresponde al Rey:

- a) Sancionar y promulgar las leyes.
- b) Convocar y disolver las Cortes Generales y convocar elecciones en los términos previstos en la Constitución.
- c) Convocar a referéndum en los casos previstos en la Constitución.
- d) Proponer el candidato a Presidente del Gobierno y, en su caso, nombrarlo, así como poner fin a sus funciones en los términos previstos en la Constitución.
- e) Nombrar y separar a los miembros del Gobierno, a propuesta de su Presidente.
- f) Expedir los decretos acordados en el Consejo de Ministros, conferir los empleos civiles y militares y conceder honores y distinciones con arreglo a las leyes.
- g) Ser informado de los asuntos de Estado y presidir, a estos efectos, las sesiones del Consejo de Ministros, cuando lo estime oportuno, a petición del Presidente del Gobierno.
- h) El mando supremo de las Fuerzas Armadas.
- i) Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales.
- j) El Alto Patronazgo de las Reales Academias”

El correcto entendimiento de la posición del Rey respecto a las funciones asignadas, debe partir de dos premisas constitucionales: la inviolabilidad y la no sujeción a responsabilidad de su persona, articulando el ejercicio dichas funciones mediante actos sometidos a refrendo (art. 56.3)²⁴⁶.

²⁴⁶ “Las necesarias irresponsabilidad e inviolabilidad del Rey y el consiguiente requisito del refrendo ministerial para la validez de sus actos han laborado en beneficio del principio democrático. Por eso, en la monarquía parlamentaria el Rey no tiene ninguno de los clásicos poderes estatales, ni se erige en uno diferenciado, convirtiéndose en una magistratura simbólica e integradora que no interviene en el juego político y, como consecuencia, no sufre el desgaste que comporta la toma de decisiones políticas” Torres del Moral, A., “Concepción pansimbolista de la monarquía parlamentaria”, *ob. cit.*, pág. 189

3.- El ejercicio de las funciones del Rey: el refrendo

Las funciones que le corresponden al Rey, solo cabe entenderlas desde la no sujeción a responsabilidad que se predica en el art. 56.3 CE: *“La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad. Sus actos estarán siempre refrendados en la forma establecida en el artículo 64, careciendo de validez sin dicho refrendo, salvo lo dispuesto en el artículo 65.2”*. La previsión constitucional no se determina sólo como un requisito formal para la validez del acto, sino que explicita la naturaleza del ejercicio de las funciones por el Rey y la posición de la Corona en el modelo constitucional.

Así, la ausencia de responsabilidad del Rey manifiesta que la institución carece de funciones decisorias –salvo las propias del art. 65.2 CE en las que el Rey no ejerce funciones del art. 62 CE, ni potestades con efectos en la esfera de los intereses públicos-, y desde ella, se asienta el modelo de Corona representativa de la Unidad del Estado independiente y ajeno al contenido material de los actos en los que debe intervenir como Jefe del Estado –según la relación de funciones de carácter limitativo que se prevé en el art 62 CE-, formalizando decisiones adoptadas por aquellos llamados a refrendar dichos actos.

La institución del refrendo se constitucionaliza en dos preceptos:

Art. 56.3 CE: *“La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad. Sus actos estarán siempre refrendados en la forma establecida en el artículo 64, careciendo de validez sin dicho refrendo, salvo lo dispuesto en el artículo 65,2”*

Art. 64 CE:

“1. Los actos del Rey serán refrendados por el Presidente del Gobierno y, en su caso, por los Ministros competentes. La propuesta y el nombramiento del Presidente del Gobierno, y la disolución prevista en el artículo 99, serán refrendados por el Presidente del Congreso.

2. De los actos del Rey serán responsables las personas que los refrenden”

La naturaleza del refrendo, desde la posición del refrendante, supone la decisión real del contenido material del acto formalmente ejercido por el Rey. Los llamados al refrendo –Presidente del gobierno y Ministros como regla general del art. 64.1 CE-, ostentan la función de dirección política en el Estado según art. 97 CE- con sus correspondientes competencias en la función concreta a desempeñar por el Rey. Tal responsabilidad es expresa en el art. 64.2 CE, de forma que la irresponsabilidad absoluta del Rey del art. 56.3 CE tiene su justificación en la responsabilidad del refrendante del art. 64.2 CE, a modo de correlativo.

El Tribunal Constitucional en Sentencia 8/1987, de 29 de enero, realiza una aproximación a la naturaleza jurídica del refrendo en los términos siguientes: *“El hecho es que el constituyente se ha mantenido fiel, como regla general, a la forma tradicional del refrendo ministerial de los actos del Rey, cualquiera que sea la esfera en la que éstos incidan. La conclusión es que el refrendo resulta así un instituto autónomo en el proceso de formación de los actos jurídicos, en el que no aparece como elemento esencial la participación activa del refrendante en el contenido de los mismos. En el contexto constitucional la responsabilidad (en la medida que corresponda en cada caso) aparece derivada del refrendo, y no a la inversa*

(...) Por otra parte, añade la Sentencia, no puede inferirse del art. 64.1 de la C.E. que en la regulación del refrendo de los actos del Rey se haya incorporado un principio de conexión del refrendo con los autores del contenido de los mismos, que sería susceptible de extensión o ampliación a otros actos del Rey por el legislador ordinario”²⁴⁷.

El ejercicio de las funciones del Rey va a requerir, por tanto, del acto de consuno de dos sujetos: el Rey como titular de la función por el expreso mandato constitucional, manifestando la decisión del Estado en cuanto a su condición de Jefe del Estado; y el refrendante, que, según establece la regla general del art. 64.1 CE, será el Presidente del Gobierno y en su caso, los Ministros competentes, y en el supuesto especial de propuesta y nombramiento de Presidente del Gobierno y disolución de las Cortes, será el Presidente del Congreso.

De esta forma salvo el supuesto de refrendo por parte del Presidente del Congreso en el que se determina expresamente cuales son los actos que éste deberá refrendar, la regla general sobre el refrendo del Presidente del Gobierno y los Ministros se difiere a su determinación legal. Es en la ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en sus arts. 2 y 4, donde se explicitan los supuestos de refrendo de uno u otros, según las competencias expresamente determinadas para ellos. El art. 2.2, h) de la

²⁴⁷ “ (...) el art. 56, en su apartado 3.º, tras declarar que «la persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad», dispone que «sus actos estarán siempre refrendados en la forma que establece el art. 64, careciendo de validez sin dicho refrendo, salvo lo dispuesto en el art. 65.2», de lo que se deduce que cualquier forma de refrendo de los actos del Monarca distinta de la establecida en el art. 64 de la Constitución, o que no encuentre en éste su fundamento, debe ser considerada contraria a lo preceptuado en el art. 56.3 de la misma y, por consiguiente, inconstitucional; que el art. 64, en su apartado 1.º, regula el refrendo de los actos del Rey estableciendo, de una parte, una regla general según la cual dicho refrendo corresponde al Presidente del Gobierno y, en su caso, a los Ministros competentes (...) con el mandato inequívoco derivado del art. 56.3 de la Norma fundamental, que impide admitir otras formas de refrendo que no sean las previstas en el art. 64 (...)” STC 8/1987, de 29 de enero

citada Ley de Gobierno, establece que corresponde al Presidente del Gobierno, *“Refrendar, en su caso, los actos del Rey y someterle, para su sanción, las leyes y demás normas con rango de ley, de acuerdo con lo establecido en los artículos 64 y 91 de la Constitución”*. Por su parte, el art. 4.1, d) de la ley prevé que corresponde a los Ministros el ejercicio de la función de *“Refrendar, en su caso, los actos del Rey en materia de su competencia”*.

Siguiendo a Fernández-Miranda²⁴⁸, el refrendo, en el texto constitucional apuntaría a un triple contenido: *“En primer lugar, si en nuestra historia constitucional el acto del refrendo de los actos jurídico constitucionales partía de la presencia de dos voluntades coordinadas, que manifestaban una decisión política; en la Monarquía parlamentaria establecida por la Constitución actual existe una única voluntad: bien la del refrendante, bien la de otro Órgano del Estado ajeno a aquél; sólo en supuestos muy concretos y tasados, la del Monarca. La firma del Rey no manifiesta, ordinariamente, una decisión política sino la perfección de un acto como acto de Estado, de cuya unidad y permanencia es símbolo. Pese a lo dicho, ambas firmas, la del Rey y la del refrendante, son imprescindibles para la existencia y validez del acto. En segundo lugar, el refrendo supone la traslación de responsabilidad del Rey al refrendante como técnica constitucional que salva el atributo de inviolable que se predica de la persona del Monarca. Esa responsabilidad asumida por el refrendante tiene, según los casos, distinto contenido o extensión. Por último, el refrendo presupone el conocimiento por parte del Monarca de los asuntos de Estado, de los que estará convenientemente informado y en los que, a través de su auctoritas, podrá «animar y advertir...»”*.

²⁴⁸ Fernández-Miranda Campoamor, C., “La irresponsabilidad del Rey. El refrendo: Evolución histórica y regulación actual”, *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998, págs. 240 y 241

Determinándose así el refrendo en una doble justificación: requisito de la validez del acto del Rey, y atribución de la responsabilidad del acto del Rey en el sujeto refrendante, con la correlativa irresponsabilidad del Rey como refrendado.

4.- El Rey como titular del ejercicio del *derecho de gracia*

“Corresponde al Rey: i) *Ejercer el derecho de gracia*”. El primer inciso del art. 62. i) se ocupa de establecer como función del Rey el ejercicio del *derecho de gracia*. El Rey “ejerce” el *derecho de gracia*, explicitando una acción concreta, que, por tanto, determina que el *derecho de gracia* es susceptible de ser ejercido –no es una mera manifestación simbólica sin contenido, como sí lo son otras funciones del Rey-. O, lo que es lo mismo, la materialización del *derecho de gracia* es su ejercicio.

Pero ejercer el *derecho de gracia* ¿significa que el Rey es el titular del derecho? ¿Es necesario que el derecho sea ejercido por su titular, o bien el Rey no es el titular del *derecho de gracia* sino que sólo se le atribuye su ejercicio?

Esta primera cuestión, parece resuelta si atendemos a la naturaleza del *derecho de gracia* como manifestación de la soberanía del Estado. Si la *gracia* se considera un derecho, su titular no es el Rey, sino el propio Estado. La dimensión de la *gracia* como facultad de perdón –y con ella, de excepcionar el sistema de separación de poderes y la norma penal– solo puede tener como titular al Estado, y es el Rey quien, como Jefe del

Estado y personificando a éste –en su misión representativa del art. 56.1 CE-, lo ejerce.

Nuestro modelo constitucional, al determinar que corresponde al Rey el ejercicio de la prerrogativa de *gracia*, no está afirmando una atribución regia de dicha función. El Rey, en nuestra Constitución, no es el titular de la prerrogativa de *gracia*. La posición del Rey en nuestro Estado constitucional no permite afirmar que el Rey sea titular de funciones, sino que las funciones se manifiestan –se personifican- a través del Rey. Un breve análisis de la posición del Rey en el art. 56 CE permite advertir que su misión es “ejercer funciones”, sin que se anude a dichas funciones la titularidad del poder que se materializa con tal ejercicio.

La titularidad del poder que se manifiesta en las funciones que ejerce el Rey, es del Estado. El Rey, en sí mismo, carece, en nuestro modelo de monarquía parlamentaria, de poder alguno, ni resulta titular de unas competencias propias, sino que se limita al ejercicio de unas funciones cuya competencia –y titularidad- es del Estado. De ello se deriva la total ausencia de discrecionalidad en el ejercicio de las funciones que la Constitución atribuye al Rey. No tiene a su disposición la competencia ni la titularidad del poder, sino tan solo ejerce la función. Y tal ejercicio es un mandato constitucional –como tal no susceptible de ser sometido a cuestión por el Rey-, debido y ordenado por el constituyente.

El Rey, para ser Rey, debe cumplir tales funciones, pues sólo es Rey si cumple con la norma constitucional, pues es ésta la que legitima la existencia de la Corona. Es su condición de Jefe del Estado, que le es atribuida expresamente por la Constitución –como representación del Estado- la que le exige ejercer funciones cuya titularidad corresponde al

Estado, y que solo pueden ser ejercidas por su máximo representante. El Rey, por ello, no es titular del *derecho de gracia*. El Rey tiene la atribución constitucional de ejercer tal función.

El art. 56.1 de la Constitución, precisamente configura al Rey como Jefe del Estado, ejerciendo las funciones que la Constitución y las leyes le atribuyen: “*El Rey es el Jefe del Estado (...) y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes*”. La condición de Jefe de Estado conlleva, expresamente, el ejercicio de esas funciones.

El ejercicio del *derecho de gracia* es un acto debido del Rey, pero éste no ostenta la titularidad de tal derecho. No es el titular del *derecho de gracia* ni, como titular, lo ejerce, sino que es quien debe ejercerlo en nombre –o representando- a su verdadero titular: el Estado. El *derecho de gracia* es una competencia del Estado en abstracto cuya titularidad no ha sido atribuida por la Constitución expresamente a ningún poder.

Ante la inexistencia de atribución expresa de la titularidad del *derecho de gracia* a alguno de los poderes del Estado, no cabe sino afirmar que el *derecho de gracia* pertenece al Estado, en abstracto, y no a órganos ni concretos expresamente determinados, ni está configurado dentro del haz de funciones y competencias de los tres poderes del Estado. Ni, por ello, es la voluntad del constituyente que el *derecho de gracia* -como lo configura la Ley de 1870- sea una injerencia de un determinado poder (el Ejecutivo) respecto a otro poder (el Judicial).

Pero considerar que el Estado, en abstracto, es el titular del *derecho de gracia*, no es adecuado. Porque, en principio, el Estado no es titular de Derechos (esto es, frente a terceros no titulares) sino que es el derecho

en sí mismo. El Estado es, en esencia, soberano, pues de él se predica la soberanía como su cualidad propia y exclusiva, la cual identifica el ser del Estado y de ella deriva su supremacía. El Estado es el origen del ordenamiento jurídico. Y a este concepto Estado, en abstracto, no se le puede irrogar personalidad jurídica ni por ello titularidad de derechos y obligaciones. Son los órganos del Estado –poderes constituidos- quienes ostentan tal personalidad.

La naturaleza del *derecho de gracia* es, posiblemente, el elemento que determina su identificación como manifestación del Estado soberano. La *gracia* es, en sí, un acto soberano, pues tanto por su origen –desde su configuración como derecho del cual era titular el rey soberano- como por su significado –solo quien tiene el poder para castigar tiene el poder de perdonar-, corresponde al Estado. Incluso el propio término “derecho” no es sino una reminiscencia de su naturaleza histórica como poder expresamente atribuido al Rey como persona individual, en tanto soberano del Estado, del cual era su titular efectivo. La *gracia* como un derecho público subjetivo de carácter absoluto, no otorgado sino propio, pues tiene su título en la soberanía que ostenta el Rey²⁴⁹.

²⁴⁹ “El artículo 62 de la Constitución dice que corresponde al Rey: «l) Ejercer el derecho de gracia...». Únicamente por apego a la tradición y por deferencia a la Corona se sigue hablando en estos términos. El mal llamado derecho de gracia no era un derecho en el sentido técnico-jurídico de la expresión ni siquiera en la monarquía absoluta. Era mucho más: una potestad derivada de la soberanía regia, de la maiestas, de la justicia «mayor y mejor» del Rey. Pero ser más o más importante que un derecho no es ser un derecho. Menos aún puede serlo en la monarquía parlamentaria, en la que el Rey ejerce funciones tasadas, debidas, regladas y refrendadas, de manera que no puede oponerse a firmar un indulto que le presenta, con su refrendo, el Ministro de Justicia con el respaldo del Presidente del Gobierno, el cual, a su vez, está respaldado por la mayoría del Congreso de los Diputados, Cámara en la que reside (junto con el Senado) la representación de la soberanía popular. Esto es algo que no admite réplica en pura teoría constitucional democrática. La misma Constitución se precave frente a una mala intelección de dicho instituto añadiendo que el Rey ejerce tal derecho (=función) «con arreglo a la ley»; y, todavía más, marca un límite infranqueable a esta ley, la cual «no podrá autorizar indultos generales» Torres del Moral, A., “¿Qué son los derechos históricos?”, *Ius fugit: Revista interdisciplinaria de estudios histórico-jurídicos*, núm. 15, 2007-2008, págs. 59 y 60

La *gracia* como derecho subjetivo se advierte en la identidad conceptual entre derecho y prerrogativa que, indistintamente, utiliza nuestro texto constitucional, para referirse a la *gracia*. Siguiendo a Windscheid en su teoría de la voluntad²⁵⁰, el derecho subjetivo es un poder o señorío de la voluntad, reconocido por el ordenamiento jurídico, en virtud del cual se pone a disposición del sujeto titular del derecho la prerrogativa de exigir el cumplimiento de un deber a otro u otros sujetos. Desde la naturaleza volitiva del *derecho de gracia*, incondicionada y libérrima tal y como se configura en el Estado absoluto, se ha determinado el uso del término “derecho” para referirse a la *gracia*, aunque en el Estado de Derecho no puede concebirse como derecho subjetivo sino como expresión soberana del Estado.

Pero no parece conciliable con el Estado de Derecho que la *gracia* sea un “derecho” subjetivo, pues es el propio Estado quien lo ejerce sin una atribución concreta a poderes ni órganos en el texto constitucional, ni por ello, cabe entenderlo como una facultad susceptible de tener un titular del que pueda afirmarse que ostente tal derecho. Menos aún que el titular de tal derecho sea el Rey, advertida la posición que éste tiene asignada en el Estado. Es por ello que el término “*derecho de gracia*” es un concepto único, y no una unión de dos conceptos (derecho + *gracia*) que solo puede alcanzar significado en nuestro Estado de Derecho como expresión de la voluntad del Estado, carente del contenido subjetivo que le caracterizó en el momento histórico en el cual se acuñó tal término.

²⁵⁰ “Windscheid concibió el derecho subjetivo como una expresión de voluntad del sujeto, como un poder del querer. Es la llamada Teoría de la voluntad. El derecho subjetivo consistiría en una voluntad jurídicamente protegida. Teoría que contó con el apoyo de la mayoría de la doctrina jurídica alemana: Puchta, Savigny, Gierke y Wendt, entre otros” Gallego, E.A., “Tradición jurídica y derecho subjetivo”, Ed. Dykinson, 1996, pág. 94

De la lectura de las funciones que la Constitución atribuye al Rey, es la *gracia* la única que antepone el término “derecho”. Y no parece que con ello se esté destacando una característica diferenciada de dicha función o una naturaleza propia respecto a las demás funciones del Rey. Todas ellas se ejercen bajo las mismas pautas de irresponsabilidad, de falta de disposición del objeto de la función, y de sometimiento a refrendo. Así, siendo las funciones atribuidas al Rey en la Constitución titularidad del Estado, sólo a la *gracia* se la identifica como derecho, y es, además, el único derecho cuyo ejercicio se afirma que corresponde al Rey. Sin embargo, el ejercicio material de tal función no dista del que ordena el texto constitucional para el resto de las funciones atribuidas.

Más allá, solo los llamados a suceder la Corona en el texto constitucional, tiene una atribución expresa de derechos individualizados (derecho a la sucesión del art. 57, apartados 2, 3 y 4). Las restantes referencias a los derechos que en la Constitución se realizan, salvando esos supuestos, lo son a personas físicas y jurídicas de carácter indeterminado²⁵¹. Es el *derecho de gracia* el único derecho que se menciona en la Constitución con una referencia a un órgano constitucional concreto del Estado. Y es el único derecho que se relaciona con una función constitucional del Rey.

La atribución regia del ejercicio de *derecho de gracia*, por otra parte, tendría su justificación en la misión representativa del Rey como Jefe del Estado. La *gracia* es, en esencia, un acto de soberanía, puesto que su contenido material expresa la potestad de excepcionar el propio ordenamiento jurídico. Solo al Estado le es dable tal potestad soberana. Y es, por tanto, el Rey -quien personifica al Estado-, el único sujeto que,

²⁵¹ Excepción hecha del “derecho a la autonomía” del art. 143.1 de la Constitución Española, y de los derechos históricos de los territorios forales, de su Disposición Adicional Primera

en representación del Estado soberano y en cumplimiento de su misión constitucional, puede al ejercer el *derecho de gracia*.

El ejercicio del *derecho de gracia* es, así, una alta función del Estado, sin que exista atribución una competencial sobre su contenido decisorio en ningún poder del Estado. En este aspecto, el *derecho de gracia* se diferencia del resto de las funciones del Rey del art. 62 CE, las cuales están relacionadas con el ámbito de funciones y competencias propias de los poderes Ejecutivo y Legislativo. Así, existen funciones referenciadas con el poder Legislativo, en los apartados a) al f) del art. 62 (sanción y promulgación de las leyes, convocatoria y disolución las Cortes y convocatoria de elecciones generales, convocatoria a referéndum, proponer candidato a Presidente del gobierno). Otras que se refieren con el poder Ejecutivo, en los apartados e) al g) del mismo precepto (nombrar y separar los miembros del Gobierno, expedir los decretos acordados en el Consejo de Ministros, ser informado de los asuntos de Estado y presidir a estos efectos el Consejo de Ministros). Junto a otras dos funciones simbólicas (mando supremo de las fuerzas armadas y el Alto Patronazgo de las Reales Academias), dependientes igualmente del poder Ejecutivo.

Es el ejercicio del *derecho de gracia*, el único que no mantiene relación expresa en la Constitución con los poderes del Estado. Sin que pueda ser un argumento en pro de una aparente atracción hacia el ámbito de competencias del poder Ejecutivo, la necesidad de refrendo que prevé el art. 64.1 CE respecto al *derecho de gracia*²⁵², porque tal refrendo no supone *per se* una atribución competencial expresa a favor del Ejecutivo.

²⁵² “La Constitución no atribuye al Gobierno explícitamente la competencia para resolver los expedientes de indulto. López Aguilar ha entendido que debido a la irresponsabilidad del Rey y en virtud de la institución

El refrendo determina la asunción de la responsabilidad del refrendante sobre el acto que el Rey realiza. Y si bien en las funciones determinadas en el art. 62 existe una aparente claridad sobre el ámbito competencial al que corresponden, la excepción se encuentra en el *derecho de gracia* el cual, por su naturaleza, no parece advertir una evidente competencia del poder Ejecutivo.

Una posibilidad sería entender que en la exigencia de refrendo se halla la necesaria competencia del Ejecutivo en orden al ejercicio del *derecho de gracia*, no siendo necesario, por ello, que en el texto constitucional se explicita éste como efectiva competencia del Gobierno, pues vendría determinada por su refrendo ministerial. La responsabilidad que se atribuye al refrendante sobre el acto refrendado, estaría situando la titularidad real de la competencia en virtud de tal refrendo.

No obstante, la previsión del art. 64.1 CE, no es una atribución material de competencias sino la determinación de la responsabilidad por el acto del Rey, que no implica necesariamente la titularidad de la competencia que es ejercida. Ser el responsable del acto del Rey admite situaciones no necesariamente determinadas por la titularidad de la competencia

del refrendo (art. 64 CE), la competencia corresponde al Gobierno o, en su caso, a los Ministros competentes. Así también parece haberlo entendido la STCJ al afirmar que: «Del texto de estos preceptos, así como de los contenidos en los artículos 62 f), 64, y 97, se llega a la conclusión de que si bien la concesión de indultos, no generales, es facultad reservada al Monarca, su plasmación formal se efectúa a través de Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Justicia (expresamente lo afirma el artículo 30 de la Ley de 18 de junio de 1.870), cuyo control puede ejercitarse a través de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa». Ahora bien, a nuestro entender el artículo 64 CE relativo al refrendo de los actos del Rey no es un título de atribución de competencias materiales, sino de atribución de la competencia para refrendar. Como es conocido, que el Presidente del Gobierno o un Ministro refrende un acto no significa que éste haya sido adoptado necesariamente por quien lo refrenda (y en la Constitución encontramos diversos supuestos en este sentido, como el refrendo del nombramiento de Presidente de una Comunidad Autónoma o de los magistrados del Tribunal Constitucional, entre otros)” De Carreras Serra, F., “El indulto en nuestro Estado de Derecho”, ob. cit.

efectiva del acto realizado. La comprobación de los requisitos formales y procedimentales del acto del Rey, o incluso la adecuación jurídica del contenido material de tal acto, cumpliría con la necesaria concurrencia del refrendo, pues el sujeto refrendante asume la responsabilidad sobre el acto del Rey sin que sea necesario que ostente la facultad de disponer sobre su contenido material. La atribución genérica de la competencia para el refrendo no implica la atribución de competencias materiales.

Además, la atribución de las competencias a los poderes del Estado no puede ser presunta. En el caso de que el constituyente hubiese optado por residenciar, expresamente, la competencia del ejercicio del *derecho de gracia* en el poder Ejecutivo, lo habría hecho sin necesidad de derivar su configuración a la ley. En este sentido bien podría haberse incluido el ejercicio del *derecho de gracia* como especialidad dentro de la función de expedir decretos del Consejo de Ministros -art. 62.f)-, pues en la Ley de indulto se prevé que la participación del Rey en el mismo se limite a tal expedición (art. 30, Ley de indulto)²⁵³. Pero no es así. El constituyente no se ha querido incluir expresamente el ejercicio del *derecho de gracia* como una facultad del Ejecutivo.

Establecer expresamente el ejercicio del *derecho de gracia*, más allá de la previsión genérica de expedir los Decretos del Consejo de Ministros, conduce a dotar a la misión del Rey en el *derecho de gracia* de un valor que está más allá de la citada expedición y, también, al propio *derecho de gracia*, de una posición constitucional diferenciada de los Decretos del Consejo de Ministros. El constituyente es consciente de la necesidad de que el *derecho de gracia* tenga un reconocimiento propio y expreso,

²⁵³ Art. 30, Ley indulto 1870: “La concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en Real Decreto que se insertará en el Boletín Oficial del Estado”

diferenciado de las demás funciones del Rey, y también desvinculado en su contenido material de las competencias constitucionales de los tres poderes del Estado.

Para el constituyente no es importante quien tiene la competencia para otorgar la *gracia*, sino que sea el Rey quien la deba ejercer. El Rey es, en definitiva, la única referencia constitucional del *derecho de gracia*, pero no en cuanto a su titularidad ni competencia, sino respecto a su ejercicio, como función propia del Rey. Es, pues, lo determinante para el constituyente que sea el Rey, como Jefe del Estado, quien deba expresar la voluntad del Estado respecto a una función que, en esencia, deviene de su naturaleza soberana, resultando con tal ejercicio ser el símbolo del Estado mismo.

Por otra parte, el contenido de la función de “ejercer”, debe, asimismo, ponerse en relación con la única mención que en el art. 62.i) se realiza respecto a una acción o un acto concreto: no autorizar indultos generales. Dentro de ejercicio del *derecho de gracia*, se encuentra tanto no autorizar (indultos generales) como, implícitamente, autorizar otro tipo de indultos (no generales). Ejercer tiene como contenido “autorizar”, y una prohibición concreta dentro de la acción general de autorizar.

El Rey, desde el textual del art. 62.i) debe “no autorizar” y su correlativo es que puede “autorizar” indultos no generales, por cuanto no es lógico inferir que ejercer el *derecho de gracia* tan solo implique no autorizar indultos generales. No es dable considerar que el ejercicio del *derecho de gracia* solo implica la prohibición que ordena “no autorizar” pues, en tal caso, la *gracia* no existiría, pues establecer que el *derecho de gracia* se agota no autorizando indultos generales, simplemente abocaría a que la

gracia no tuviese un contenido, haciendo inútil su reconocimiento en el texto constitucional.

En la prohibición de tal autorización se encuentra la afirmación del resto de los contenidos posibles del *derecho de gracia*. El ejercicio del *derecho de gracia* no contiene expresamente, en la Constitución, otra acción diferente a la de no autorizar. Sin embargo, tampoco existe en el texto constitucional una prohibición expresa respecto a unas acciones o actos diferentes a “no autorizar”, en ejercicio del *derecho de gracia*. Es por ello que el contenido del *derecho de gracia* tiene que tomar referencia no solo en la prohibición, sino en el sentido de la *gracia* preexistente a la génesis del texto constitucional.

Y la acción de “autorizar” está anudada a una declaración de voluntad. Una declaración de voluntad que, en ningún caso, corresponde al Rey. Ese ejercicio en realidad es un deber de obligación para el Rey, pues no queda a su criterio decidir si se autoriza o no un indulto no general. Es el poder público -que no establece la Constitución sino la ley a la que se remite la misma- que ostenta la competencia material en cuanto a la concesión o denegación de la *gracia*, quien expresará su decisión sobre ésta. Y la declaración sobre la *gracia* tiene dos contenidos posibles: conceder o denegar el indulto. El Ejercicio el *derecho de gracia* supone concederla, pero no denegarla, aunque perdonar o no perdonar son las dos caras de un mismo derecho: decidir sobre el perdón.



CAPÍTULO VI

LA FUNCIÓN DE INDULTAR EN LA CONSTITUCION DE 1978

Del examen histórico de la posición del Rey en los diferentes modelos, se advierte que, en todos ellos, es éste quien ejerce la prerrogativa de *gracia*. En el Estado absoluto, como titular de la soberanía, como soberano. En el Estado de Derecho, como Jefe del Estado, personificando la potestad de indultar que, en puridad, le corresponde al pueblo como soberano. En ninguno de los modelos históricos de Estado se pone en duda –salvo críticas menores sin contestación efectiva– la existencia de la prerrogativa de *gracia*.

En la Constitución de 1978, se ha optado por el reconocimiento del encaje del *derecho de gracia* en el sistema constitucional pero de forma indirecta mediante la atribución al Rey de su ejercicio. Así, se está reconociendo su estatus constitucional pero ligado al Rey de forma expresa y necesaria. El art. 62 CE, dentro de las funciones del Rey en el Estado (“*Corresponde al Rey*”), dedica su apartado i), al *derecho de gracia* (“*Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales*”).

La Constitución no duda, en absoluto, que el *derecho de gracia* sea compatible con el modelo de Estado social y democrático de Derecho. No necesita definir qué es el *derecho de gracia*, no le hace falta explicitar cuáles son sus manifestaciones, ni tampoco justificar su encaje en el sistema constitucional. El constituyente únicamente se va a ocupar de

determinar quién deberá ejercerlo. Para el constituyente, el *derecho de gracia* es consustancial al Estado. Pero la definición del *derecho de gracia* como se advierte, no consta expresamente en el texto constitucional. No tiene un contenido, ni se delimitan las figuras que tienen encaje dentro del *derecho de gracia*. La constitucionalización del *derecho de gracia* se efectúa con la atribución de su ejercicio al Rey, como titular formal, su sometimiento a ley y la prohibición de una determinada manifestación del *derecho de gracia* (el indulto general).

1.- ¿Era necesaria la constitucionalización del *derecho de gracia*?

Una primera cuestión a plantear: si en nuestro sistema constitucional resulta necesaria la mención del *derecho de gracia* en la Constitución de forma expresa –aunque indirectamente a través de su atribución al Rey– para considerar admisible su existencia. Dicho con otras palabras si el *derecho de gracia* podría existir sin que la Constitución lo mencionase y, por tanto, que fuesen normas de rango inferior a la Constitución las que pudiesen determinar su ejercicio. Más allá, incluso si un acto de los poderes públicos sería suficiente para poder ejercer el *derecho de gracia*.

Para resolver tal cuestión, habría que penetrar en el significado del *derecho de gracia*: un acto en virtud del cual se exceptiona la norma penal, y en particular, la previsión de rango legal del cumplimiento de una pena impuesta por la comisión de unos hechos tipificados en la norma penal. El *derecho de gracia* supone una afección directa a los efectos previstos en la norma penal. El sistema punitivo en nuestro Estado constitucional determina el sometimiento al principio de reserva

de ley²⁵⁴. La estructura de la norma penal viene determinada por unos elementos típicos que configuran el delito y unos efectos que son los expresamente establecidos en la norma penal, determinados como pena impuesta.

1.1.- Derecho de gracia y ley penal

Podría pensarse que el *derecho de gracia* no afecta a la norma penal, pues en ningún momento su ejercicio impide tener por alteradas las previsiones sobre tipicidad y pena impuesta que la ley penal establecen, por lo que la afección del *derecho de gracia* se encontraría en la órbita de la ejecución de la sentencia condenatoria, y no en la excepción de los efectos de la pena impuesta -extremo éste que si incidiría en la propia norma penal-. Sin embargo el *derecho de gracia* no afecta únicamente a la fase de ejecución de la pena –esto es, a la función del poder Judicial de “hacer ejecutar lo juzgado”²⁵⁵, que también-, sino a la propia esencia de la norma penal, pues incide directamente en la previsión legal de los efectos de la acción típica.

Pues la norma penal no se limita a establecer cuál es la consecuencia punible del acto típico. En su naturaleza está también el cumplimiento de dicha pena, pues la pena está anudada, directamente, al concepto de acto sancionable y a la intensidad de dicha sanción. Dejar extramuros de la norma penal el efectivo cumplimiento de la pena impuesta supone

²⁵⁴ Principio de tipicidad penal y reserva de ley penal. Art. 25, Constitución Española: “1. *Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*”

²⁵⁵ Art. 117. 3, Constitución Española

desnaturalizar la norma penal. El cumplimiento de la pena es una parte de la norma penal, no un simple efecto de ésta. Es la sanción del acto una parte indisoluble de la comisión del acto. La norma penal es la que se encarga de establecer cuál es la posible graduación de la pena, los elementos y las circunstancias a tener en cuenta para su agravación y minoración²⁵⁶, y también en qué supuestos procede su exención²⁵⁷.

Y por tanto, el *derecho de gracia* no solo afecta a la misión de ejecutar lo juzgado, sino que está excepcionando la norma penal. La apariencia de afección únicamente al cumplimiento de la resolución judicial no es apropiada. Aunque se intente afirmar que el *derecho de gracia* no afecta a la norma penal, pues se ejerce respecto a la sentencia firme, la realidad es que un acto que excepciona el cumplimiento de la pena, es, en esencia, un acto que impide la eficacia de la norma penal.

La misión de la jurisdicción no puede concebirse aislada de la función superior que tiene encomendada que es la de juzgar aplicando la norma jurídica. El propio procedimiento penal así entendido no es sino una parte esencial de la misma norma penal. Y por ello no se puede plantear aisladamente la misión de juzgar respecto a la norma que establece los presupuestos materiales del juicio. El sometimiento del poder Judicial al imperio de la ley del art. 117.1 CE determina la naturaleza de tal poder: *“La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”*.

²⁵⁶ Capítulo III, Título I, Libro I, Código Penal

²⁵⁷ Capítulo II, Título I, Libro I, Código Penal

Cabe así concluir que el *derecho de gracia* afecta a la norma penal, y, por ello, su excepción requerirá de los mismos presupuestos que exige la génesis, modificación y derogación que la ley penal. Respecto a cuál es la categoría de ley (orgánica-ordinaria) para la regulación penal, debe hacerse una precisión; existirá reserva de ley orgánica del art. 81.1 de la Constitución, en las materias “*relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas*”. No existe así una previsión concreta de reserva de ley orgánica respecto a la materia penal sino que tal reserva está referida al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas²⁵⁸.

Ello conduce a establecer que existirá reserva de ley orgánica cuando la norma penal afecte al desarrollo de los derechos fundamentales. No en todos los casos la norma penal incide en tal afección, sino solo cuando despliegue sus efectos en el ámbito de los derechos fundamentales, bien en su desarrollo, bien –y especialmente– en su restricción, puesto que la restricción de los derechos fundamentales, determina una afección al núcleo del ejercicio de tales derechos, que debe ponerse en relación con la previsión del art. 53.1 CE²⁵⁹.

De esta forma, cuando las penas previstas afecten al desarrollo de los derechos fundamentales, la norma penal deberá ser una ley orgánica. Si la norma penal impone una pena privativa de libertad, se estará ante la restricción de un derecho fundamental concreto, el derecho a la libertad

²⁵⁸ Para una visión completa sobre la determinación, contenido y la problemática general de los derechos fundamentales y las libertades públicas, *vid.* Sánchez Ferriz, R., “Estudio sobre las libertades”, Ed. Tirant lo Blanch, 1995

²⁵⁹ “*Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)*”

individual del art. 17.1 CE y en tal caso la norma penal deberá ser una ley orgánica²⁶⁰.

El *derecho de gracia*, en su configuración legal por Ley del indulto de 1870, despliega efectos excluyentes del cumplimiento de las penas, pero sin limitarse a las privativas de libertad. No obstante, no excluyendo a

²⁶⁰ “Si alguna rama del Ordenamiento jurídico debe someterse a la reserva de ley Orgánica, cumplimentando el mandato constitucional del art. 81.1, es sin duda el Derecho penal ello, insisto, por su propia naturaleza, por la restricción que comporta, en todo caso, de los derechos y libertades fundamentales ... En la medida en que la realización de una conducta delictiva, de una conducta previamente considerada como tal en una norma penal, comporta la puesta en marcha de mecanismos jurídicos, por ejemplo de índole procesal, restrictivas de derechos o libertades fundamentales, habrá que concluir que aquella norma penal debe adquirir el rango de Ley Orgánica, como en su día expusiera Rodríguez Mourullo. Naturalmente que, a su vez, la regulación jurídica de estos instrumentos jurídicos procesales debe revestir también la forma de Ley Orgánica. Piénsese por ejemplo en la Prisión provisional que por restringir el derecho a la libertad, se encuentra sometida, sin duda alguna, a la reserva de Ley Orgánica por lo que Rodríguez Ramos ha puesto de manifiesto, con acierto, la inconstitucionalidad de la reciente Ley de 22 de abril de 1980 que modificó los arts. 503 a 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La configuración de normas penales produce efectos colaterales de índole jurídico, repercute en derechos y libertades no directamente afectados por ellas, sino como hemos visto en el apartado anterior por las consecuencias procesales que pueden comportar. O simplemente por la repercusión que provoca su integración en el seno del Ordenamiento como límite a derechos fundamentales no comprendidos en la norma penal pero que se ven automáticamente limitados por su simple existencia. Se producen limitaciones a otros derechos no ya sólo en su ejercicio concreto sino en su misma regulación, en la consideración abstracta de ellos” Boix Reig, J., “El Principio de legalidad en la Constitución”, *Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal. Algunos problemas específicos*, Bilbao, 1983, pág. 22

Arroyo Zapatero, citando a Linde Paniagua “Linde Paniagua ha sido el primero en apuntar este criterio diferenciador para interpretar el término «legislación» en el artículo 25.1, con ocasión de su trabajo sobre las leyes orgánicas parciales Estima el autor citado que cuando la norma en cuestión afecte al derecho fundamental de la libertad personal, por comportar una privación de libertad, lo cual ocurre con las normas penales, la norma merece el rango de ley orgánica. Correlativamente, cuando la norma afecte a un derecho de los no incluidos como fundamentales en los artículos 14 a 29, el rango de la misma sería el de ley ordinaria. Esto, de seguir la inacabada argumentación de Linde, es lo que ocurre por lo común con la norma que prevé sanciones administrativas, entre las cuales destaca la sanción pecuniaria, la multa, cuyo contenido representa una privación de un derecho, el de la propiedad, que no es de los incluidos en los artículos 14 a 29 y no se califica como derecho fundamental. Esta interpretación del artículo 25 de la Constitución —manifiesta Linde— se funda en la distinción entre delito e infracción administrativa, «que supondría la separación de dos esferas materiales, una que, dada su gravedad, merecería ser regulada por ley orgánica, y la otra por ley ordinaria, pues lo que resulta indudable es que de la conexión entre los artículos 25.1 y 53.1, no puede alcanzarse otra conclusión que la de que la imposición de sanciones penales o administrativas exigen el rango de ley en la norma que las imponga previamente, que será orgánica u ordinaria, según afecte a derechos fundamentales o no»” Arroyo Zapatero, L., “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 3, núm. 8 mayo-agosto, 1983, pág. 25

tales penas privativas de libertad se las está incluyendo dentro de las penas susceptibles de ser indultadas, por lo que el *derecho de gracia* estaría excepcionando a la norma penal con categoría de ley orgánica, al impedir la eficacia de las penas restrictivas de libertad previstas en una norma penal que debe tener categoría de ley orgánica²⁶¹.

El contenido constitucional de la norma penal está recogido en el art. 25 CE: *“1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento. 2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”*.

²⁶¹ STC 24/1984, de 23 de febrero: *“el principio de legalidad establecido expresamente en el artículo 25.1 de la Constitución implica además la reserva de ley orgánica para las leyes penales de acuerdo con el artículo 81.1 de la misma Constitución (reserva absoluta de ley orgánica) y la doctrina del Tribunal Constitucional. Particularmente, las sentencias de 11 de noviembre y 16 de diciembre de 1986, ambas del Tribunal Constitucional, vienen a establecer la doctrina de este alto tribunal en el sentido de que: a) Las leyes (penales) que establecen penas privativas de libertad constituyen desarrollo del artículo 17.1 de la Constitución (derecho a la libertad y seguridad) en el sentido del artículo 81.1 de la misma y, por tanto deben revestir el carácter de leyes orgánicas. b) La formulación del principio de legalidad respecto de las normas sancionadoras penales contenido en el artículo 25.1 de la Constitución Española supone la exigencia del rango de ley formal para las normas penales, pero no implica -por sí solo- la necesidad de que se asuman los caracteres de las leyes orgánicas previstas por el artículo 81.1 de la Constitución Española”*

Sin embargo, de tal textual, no parece extraerse una prohibición expresa a que pueda excepcionarse el cumplimiento de las penas mediante el ejercicio del *derecho de gracia*, pues no puede entenderse a *sensu contrario* que el art. 25.1 CE exija que toda condena deba ser cumplida. No obstante, de la reserva de ley que determina el art. 25.1 respecto a la norma penal, sí que cabe extraer que el *derecho de gracia* tiene una incidencia efectiva respecto a la virtualidad de los principios constitucionales de imperio de la ley, seguridad jurídica y certeza del ordenamiento que harían exigible la constitucionalización del *derecho de gracia*, como se expondrá en el desarrollo de tales cuestiones en el presente trabajo.

La consecuencia de tal incidencia respecto a la norma penal radica así en la necesidad de que el *derecho de gracia*, cuanto menos, debería estar regulado mediante ley orgánica, pues afecta a una materia que la Constitución reserva a ley orgánica. Pero, además, la alteración de los principios de legalidad y seguridad jurídica, impondría un plus de rango jerárquico –material y formal- que tan sólo podría salvarse mediante el reconocimiento expreso del *derecho de gracia* en la Constitución, pues la afección a los principios constitucionales solo puede compatibilizarse a través de la constitucionalización de la afección, a modo de excepción de tales principios.

1.2.- Derecho de gracia y ejercicio de la potestad jurisdiccional

Pero el *derecho de gracia* no solo afecta a la eficacia de la norma penal. También supone que el contenido dispositivo de una sentencia firme

dictada por un órgano jurisdiccional -la cual estableciendo unos hechos probados y su tipicidad respecto a la norma penal considera procedente condenar por tales hechos al cumplimiento de una pena establecida por dicha norma penal- dejará de ejecutarse. La sentencia firme y definitiva goza de la presunción *iuris et de iure* de veracidad de cosa juzgada²⁶².

La decisión judicial definitiva se presume conforme a derecho -aunque no es, necesariamente, una presunción de justicia- y supone la recta aplicación de la norma penal a unos hechos que constituyen un ilícito, y cuya consecuencia es la imposición de una pena. La virtualidad de la ley exige no sólo que se acredite el cumplimiento de los elementos del tipo penal, sino también que la pena impuesta se ajuste a dicho tipo y a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, para, con ello, concluir estableciendo la sanción correspondiente a esos hechos. Y la pena es un elemento indisoluble respecto al tipo, de tal forma que no existe el uno sin el otro. Pero, igualmente, la pena que no se cumple no es la consecuencia deseada por la norma penal, sino que altera el núcleo esencial de la norma y del propio sistema punitivo.

En este análisis, la función jurisdiccional de juzgar conforme a la norma penal queda vacío de contenido con el ejercicio del *derecho de gracia*, pues el procedimiento -que es garantía del cumplimiento de la previsión de la norma que se aplica- carecerá de la eficacia que impone una parte esencial de la norma penal: el cumplimiento de la pena impuesta. El *derecho de gracia* no solo exime del cumplimiento de la pena, sino que también resta toda virtualidad a la propia misión de juzgar, llevándola a estado inocuo, dejándolo vacío de eficacia, haciendo intrascendente el

²⁶² “*Res iudicata pro veritate accipitur*” Ulpiano, “Comentarios a la Ley Julia y Papia”, Libro I

cumplimiento de la misión jurisdiccional. La sensación de un *tiempo perdido* dedicado a probar los hechos en los que fundar la culpabilidad del imputado-procesado-condenado. Pero lo perdido no es solo tiempo, sino el valor esencial del cumplimiento de una misión constitucional que ha dejado de desplegar efecto alguno –más allá del valor nominal de la sentencia condenatoria- con el ejercicio del *derecho de gracia*.

No obstante, mayor evidencia en la trasgresión de la misión que en la Constitución encomienda al poder Judicial, se produce con el efecto del *derecho de gracia* respecto al mandato de hacer ejecutar lo juzgado del mismo art. 117.3 CE. La obviedad de la nula eficacia de tal previsión constitucional cuando se ejerce el *derecho de gracia*, advierte que no es cuestión abierta a interpretaciones la incidencia de tal prerrogativa en la función que constitucionalmente tiene asignado el poder Judicial.

El *derecho de gracia* impide, de forma lisa y llana, que los juzgados y tribunales ejecuten lo resuelto en sentencia, lo juzgado. El ejercicio del *derecho de gracia* supone la “*remisión de las penas a las que hubiese sido condenado un delincuente*” (art. 4 Ley indulto de 1870), lo cual determina que la condena impuesta en sentencia firme, no se vaya a cumplir. Y no cumplir la condena –resulta diáfano- es no cumplir con lo resuelto en sentencia, esto es, con lo juzgado. Se impide, por lo tanto, la completa ejecución de lo juzgado respecto a todos o algunos pronunciamientos condenatorios de una sentencia penal, y ello sin que medie una decisión expresa del juzgado o tribunal acordando dicha remisión de la pena (pues la participación del órgano jurisdiccional en la concesión del indulto no tiene carácter decisorio).

Si el *derecho de gracia* impide que la condena impuesta sea cumplida, por decisión de un poder del Estado diferente al Judicial, sólo cabría plantearse –a efecto de que no se produjese una efectiva afección a la facultad de hacer ejecutar lo juzgado– que tal medida de *gracia* no incidiese en el ámbito de la ejecución de lo juzgado sino que fuese, por el contrario, una forma de terminación del trámite de ejecución, o que se imposibilitase su inicio, mediante decisión ajena al órgano que dictó la sentencia, pero que hiciese desaparecer la posibilidad de ejecutar.

Si el *derecho de gracia* significase la desaparición del objeto ejecutable no nos encontraríamos ante una injerencia en la misión de ejecutar lo juzgado, sino ante la imposibilidad de tal ejecución, por no existir nada susceptible de ser ejecutado por el órgano jurisdiccional. Para ello, el *derecho de gracia* tendría que tener efecto directo respecto al contenido dispositivo de la sentencia condenatoria, incidiendo en el aspecto material de la condena, pero no en su ejecución, la cual devendría en imposible. En tal caso, la injerencia se manifestaría en la misión de juzgar, ya que en contenido del fallo es parte de la misma.

Pero, como advierte la Ley de indulto, la premisa para poder acceder a la *gracia* es, precisamente, la existencia de una condena en sentencia firme²⁶³. Siendo así, la afección directa de la *gracia* en la misión jurisdiccional se evidencia al impedir “hacer ejecutar lo juzgado”, que en el procedimiento penal es asumido de oficio por el órgano judicial –y no

²⁶³ Art. 1, Ley de indulto 1870: “Los reos de toda clase de delitos podrán ser indultados, con arreglo a las disposiciones de esta ley, de toda o parte de la pena en que por aquéllos hubiesen incurrido”. Artículo 2: “Se exceptúan de lo establecido en el artículo anterior: 1º Los procesados criminalmente que no hubieren sido aún condenados por sentencia firme (...)”

como en la jurisdicción civil, donde rige el principio de impulso de parte-
264.

A ello debe sumarse, el textual del art. 118 de la Constitución: *“Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto”*. La ejecución de las resoluciones judiciales no determina únicamente la misión del poder Judicial, sino también se traslada como obligación inexcusable respecto a un “todos” absoluto. El sometimiento de los poderes públicos y de los ciudadanos al cumplimiento de los mandatos contenidos en resolución de los órganos jurisdiccionales, tiene su quiebra en la excepción de tal cumplimiento por el ejercicio del *derecho de gracia*.

La obligación de cumplimiento de las sentencias tiene su traslación expresa dentro de la esfera de los derechos fundamentales, por cuanto la exigibilidad de tal cumplimiento se encuentra en el núcleo esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ex. art. 24.1 CE, *“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”*. Como en otra parte de este trabajo desarrollaremos con amplitud, el cumplimiento de lo dispuesto en sentencia firme no es solo una obligación, sino también un derecho

²⁶⁴ Exposición de Motivos, Ley indulto 1870: *“Es altamente necesario que el indulto, aun en los casos en que más justificado sea, no quebrante el prestigio de que deben gozar siempre los Tribunales, y sin el cual se haría imposible su misión social. Por esto, al Tribunal sentenciador habrá de encargarse la aplicación de la gracia, a fin de que el delincuente reciba, de la misma mano que le impuso la pena, el beneficio del perdón que se le otorgue”*. Y en su art. 31: *“La aplicación de la gracia habrá de encomendarse indispensablemente al Tribunal sentenciador”*

fundamental: la efectividad de la sentencia y, en particular, el cumplimiento de lo dispuesto en el fallo de la resolución judicial.

El derecho a la tutela judicial efectiva implica el acceso a la jurisdicción –a promover la actividad jurisdiccional- también *“que esta desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas”*²⁶⁵. Decisión que deberá estar fundada en derecho. Pero la resolución judicial no es una simple manifestación de aplicación del derecho al caso concreto, sino que en ella está ínsita la virtualidad de lo resuelto, la traslación a la esfera de los particulares y del propio Estado de lo dispuesto por el fallo judicial. Ese es el derecho a la ejecución de los fallos judiciales y a la reposición a las partes en su derecho²⁶⁶, el derecho a la invariabilidad e intangibilidad de los pronunciamientos, entendido, también, desde la eficacia del sistema punitivo, para que se ejecute la sanción penal en cumplimiento de los fines que prevé el art. 25.2 de la Constitución.

De esta forma, en el ámbito penal, el cumplimiento de la sentencia condenatoria no tiene como única finalidad el restablecimiento de los derechos de los particulares. También implica una exigencia del Estado en cuanto a la finalidad de la pena impuesta, ex art. 25.2 CE: *“2. Las*

²⁶⁵ STC 220/1983, de 30 de junio

²⁶⁶ STC 90/1983, de 7 de noviembre: *“Hemos de partir del alcance del artículo 24.1 de la Constitución, que reconoce el derecho de todas las personas a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso pueda producirse indefensión. Derecho que comprende tanto el de acceder a la tutela como el de obtener una resolución fundada en derecho, sea o no favorable a las pretensiones, y el de que se ejecute lo juzgado ... garantía de la ejecución de la sentencia comprende la de todas las incidencias que puedan producirse en tal ejecución”*

STC 102/1984, de 12 de noviembre: *“El derecho a la ejecución de las Sentencias y resoluciones firmes, en cuanto está comprendido en el artículo 24.1 de la Constitución, no impide que el legislador establezca supuestos de firmeza potencialmente debilitada, como sucede con los recursos de revisión y otros supuestos que podrían citarse; pero impide que, al margen de tales supuestos, se dejen sin efecto las resoluciones firmes; así lo exige también el principio de seguridad jurídica y el de legalidad en materia procesal contenidos en los artículos 9.2 y 117.3 de la Constitución”*

penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados (...)". Y encontramos aquí uno de los argumentos para justificar el *derecho de gracia*: que el cumplimiento de la pena sea manifiestamente inadecuado para "*La reeducación y reinserción social*", fundamentalmente cuando el cumplimiento recae en individuos que ya se encuentran plenamente reinsertados en la sociedad²⁶⁷.

En definitiva: con el ejercicio del *derecho de gracia* un poder diferente al Judicial, obligado a cumplir las sentencias firmes, tiene la facultad de dispensar de tal cumplimiento, en situaciones concretas, a individuos determinados y de excepcionar la misión de hacer ejecutar lo juzgado. Y ello tiene una notable incidencia en mandatos constitucionales: el del art. 117.3 pues sustrae al poder Judicial de su misión; el del art. 118, pues está excepcionando el cumplimiento de las sentencias; el del art. 24.1, pues se impide el derecho a la ejecución de la resolución judicial, ínsito en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; y el del art. 25.2, pues se impide que la pena alcance su finalidad constitucional. Y a ello, se le debe añadir el ya anunciado efecto sobre el principio de legalidad penal del art. 25.1, y el de seguridad jurídica, del art. 9.3.

²⁶⁷ Exposición de Motivos, Ley indulto 1870: "*El indulto no debe concederse sino con pleno conocimiento de los hechos y de todas sus circunstancias, y después de un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir, bajo el aspecto de la justicia, de la equidad o de la conveniencia social*". El art. 11 de la misma ley indica: "*El indulto total se otorgará a los penados tan sólo en el caso de existir a su favor razones de justicia, equidad o utilidad pública, a juicio del Tribunal sentenciador*"

1.3.- Consecuencias

Planteábamos si el *derecho de gracia* requería su constitucionalización expresa o bien resulta materia susceptible de ser regulada por norma de rango inferior a la Constitución. Del análisis precedente se advierte que, si bien la incidencia del *derecho de gracia* en la norma penal podría ser objeto de una norma con rango de ley orgánica que excepcionase a la norma penal en su contenido sancionador (pues afectaría a una materia que la Constitución reserva a ley orgánica) existe una incidencia directa y expresa en la materia constitucional que determina la exigencia de un rango igualmente constitucional para la validez jurídica del *derecho de gracia*.

Incidencia que se presenta explícita en unos mandatos constitucionales que conforman el esquema fundamental del Estado de Derecho, y que son un elemento nuclear del mismo: el principio de división de poderes. El *derecho de gracia* altera de forma expresa la reserva funcional que, el poder constituyente, determinó para el poder Judicial: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Y tal incidencia no es dable que sea el resultado de la acción limitada y derivada del poder constituido, en cuanto afecta un elemento esencial del Estado de Derecho; y por ello sólo el constituyente es poder legitimador de tal alteración, por cuanto sólo éste es “*la fuente de toda legitimidad jurídico-política*”²⁶⁸.

Así las cosas, una alteración en un “*ámbito inconfundible del poder constituyente*”²⁶⁹ -como son los principios de atribución de funciones a

²⁶⁸ STC 42/2014, de 25 de marzo de 2014, Fundamento Jurídico 4º

²⁶⁹ Terminología empleada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 76/1983, de 5 de agosto

los poderes del Estado y que afecta a la propia estructura del Estado de Derecho-, sólo le es dable al poder constituyente, pues tal configuración es su obra, y sólo a él le corresponde modificarlo, completarlo, matizarlo o poder excepcionarlo. Pero el Título Preliminar de la Constitución, que determina los elementos esenciales del Estado, se ve también afectado en otros de sus preceptos por el ejercicio del *derecho de gracia*. Así, el imperio de la ley –ínsito en el Estado social y democrático de Derecho ex art. 1 CE-, el principio de legalidad del art. 9.3 –en su específica configuración penal del art. 25.1-, y el principio de seguridad jurídica, del mismo precepto constitucional.

La alteración de tales principios impondría un plus de rango jerárquico –material y formal- que sólo podría salvarse mediante el reconocimiento expreso del *derecho de gracia* en la Constitución, pues la afección a los principios constitucionales solo puede compatibilizarse a través de la constitucionalización de la afección, a modo de excepción de tales principios.

Igual razonamiento cabe respecto a la trascendencia constitucional del ejercicio del *derecho de gracia* sobre el contenido obligacional expreso del art. 118 CE, el núcleo esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, la sustracción al concepto finalista de la pena impuesta en sentencia del art. 25.2 CE.

Todo ello hace forzoso que el *derecho de gracia* sea una previsión del poder constituyente, y que deba tener su plasmación expresa dentro del texto constitucional. Sin embargo, a tal previsión se anuda de inmediato una segunda cuestión: si la mera mención del ejercicio del *derecho de gracia* en el art. 62.1 CE, atribuyendo éste al Rey, y su remisión a una

regulación por norma de rango legal, se determina la suficiencia de tal previsión para alterar el contenido de los principios constitucionales que con tal ejercicio se produce.

Derivar a una ley el cómo, el quién, el de qué forma, en qué supuestos y el propio concepto de *derecho de gracia*, no se compadece con el valor constitucional que se excepciona. Alterar el esquema de atribución de funciones a los tres poderes del Estado, sin indicar quien tiene la facultad para ejercer tal excepción, ni en qué circunstancias podrá ejercerse, ni siquiera su concepto y límites no puede ser misión del poder constituido. De tal cuestión nos ocuparemos más adelante.

2.- Configuración del derecho de gracia en el art. 62 CE

El art. 62.i) tiene un triple contenido:

a.- Determinación del titular del ejercicio del derecho de gracia: el Rey. “*Corresponde al Rey: i) Ejercer el derecho de gracia*”

b.- Configuración legal del derecho de gracia: el *derecho de gracia* se ejerce bajo la sumisión a la ley que lo regule. “*Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley*”

c.- Delimitación negativa de las manifestaciones del derecho de gracia: prohíbe autorizar indultos generales. “*No podrá autorizar indultos generales*”

La inclusión del *derecho de gracia* en el art. 62.i, supone la constancia expresa de que el *derecho de gracia* tiene cabida en nuestro modelo constitucional. En segundo lugar, que se trata de una alta función del Estado y, por ello, se residencia su ejercicio en la jefatura del Estado. En tercer lugar, el sometimiento a la ley en cuanto a su ejercicio. Y, en cuarto lugar, que no toda expresión del *derecho de gracia* puede tener encaje en la Constitución, excluyendo una de las manifestaciones de tal derecho: el indulto general.

El *derecho de gracia* se ejerce de conformidad con la ley que lo regule. “Ejercer el *derecho de gracia con arreglo a la ley*”. La dicción del art. 61.i) es expresa respecto a la remisión a la ley. El Rey ejerce el *derecho de gracia* según lo que disponga “(...) *la ley*”.

El sometimiento a la ley y al derecho de todos los poderes del Estado es un principio constitucional. El art. 9.1 CE expresamente ordena tal sujeción: “*Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*”, que explicita el ser del Estado de Derecho, y su corolario en el principio del imperio de la ley, del art. 1 CE.

El sometimiento del Rey al ordenamiento jurídico no necesita así de una expresión concreta de sujeción a la ley al relacionar sus funciones constitucionales. La posición del Rey en la monarquía parlamentaria determina que su sujeción a la ley está no solo ordenada por el imperio de la ley y el mandato del art. 9.1, sino también por su relación de dependencia respecto al Parlamento. La monarquía parlamentaria solo cabe entenderla como expresión del sometimiento de la institución monárquica al poder soberano del pueblo, situándola como elemento

instrumental respecto al Parlamento y ordenada a cumplir las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes.

De esta forma el mandato de ejercicio del *derecho de gracia* con arreglo a ley, explícita, no solo la genérica y necesaria vinculación del Rey a la ley y al derecho –previsión que solo sería una mera reiteración de lo ya dispuesto en otros preceptos constitucionales- sino que, además, que el ejercicio de la *gracia* será el que se determine mediante una norma con rango de ley: “con arreglo a la ley”, expresa que el *derecho de gracia* requiere de una norma con rango de ley que regule su ejercicio, y que la misión del Rey respecto al *derecho de gracia* será la que dicha ley establezca, debiendo el rey actuar de conformidad con lo previsto en la meritada ley reguladora.

Por otra parte, el constituyente dice “con arreglo a la ley”, y no “con arreglo a ley”. Optar por tal textual determina que no nos encontramos ante una sumisión genérica al ordenamiento jurídico –entendida la ley como concepto normativo conceptual, abstracto y único, atendiendo el sentido liberal del término ley-, ni ante el principio de primacía de la ley –sometimiento de poderes públicos y ciudadanos al ordenamiento-. La referencia es a “la ley”, individualizada, concreta, que, por mandato de la Constitución, debe regular el ejercicio del *derecho de gracia*. Una ley con contenido expresamente determinado por el constituyente –la regulación del ejercicio del *derecho de gracia* -.

La función de “ejercer el *derecho de gracia*”, por tanto, está sometida a reserva de ley, tanto material como formal. Formal, en cuanto a la exigencia explícita de la categoría normativa ley, como acto legislativo de

las Cortes; y material, en cuanto al contenido de dicha ley, que será el que regule el ejercicio del *derecho de gracia*.

La dicción del art. 62 i), por otra parte, no hace referencia a una norma con rango de ley ya existente. Podría entenderse que en la expresión “la ley” se está haciendo referencia implícita a la ley de 1870, que regula el indulto, norma vigente en fecha de la creación del nuestro actual texto constitucional. A tal interpretación podría llegarse ante el uso del artículo determinado que “la”²⁷⁰ advierte de la referencia a una ley concreta e individualizada. Pero la referencia determinada no tiene porqué excluir otras normas *lege ferenda*, ni considerarse efectuada a la ley existente de forma exclusiva sino a “la ley” que debe regular el *derecho de gracia*. El uso del artículo “la”, estaría enfatizando el contenido necesario de la norma con rango de ley y la necesidad de tal categoría normativa: que una ley concreta regule el ejercicio del *derecho de gracia*.

2.1.- Elementos constitutivos del derecho de gracia

No cabe obviar que el constituyente no regula ninguno de los aspectos esenciales del *derecho de gracia*. Pese a la trascendencia constitucional de esta institución, solo la contempla como mera mención funcional, lo cual advierte de la remisión implícita a un concepto y un contenido del *derecho de gracia* que está prefijado en el ordenamiento –o cuanto menos, obra en el acervo jurídico del Estado-. Y el concepto y contenido *lege data* es, respecto al indulto particular, el que regula la Ley de 1870.

²⁷⁰ Artículo “la” determinado o indeterminado. Señala género y número (Diccionario RAE)

Así, el *derecho de gracia* no se puede crear –desde la nada– mediante una ley, sin sujeción a una previa conceptualización constitucional de la institución. La Constitución necesariamente parte de un concepto del *derecho de gracia*, aunque ni lo explicita ni lo define en ninguno de sus aspectos fundamentales, pues no se puede concebir que se reconozca el *derecho de gracia* sin la existencia de una referencia previa que pueda desarrollarse en la ley a la que remite el art. 62.i). No puede, por ello, plantearse la configuración legal del *derecho de gracia* como cláusula en blanco a favor del legislador ordinario.

Sí que parece claro que el *derecho de gracia* tiene al menos, un mínimo contenido referenciado en la Ley de 1870: el indulto particular, como institución que forma parte del *derecho de gracia*. Como se ha dicho, la prohibición de autorizar indultos generales implica la posibilidad de que se pudiesen autorizar indultos no generales. Y dentro de los indultos no generales se encuentra el indulto particular, regulado en la Ley de 1870. Lo que la citada norma dice sobre el indulto particular es el punto de partida para identificar el significado, naturaleza y alcance de una de las instituciones que integran el *derecho de gracia* –pero no la única–: el indulto particular, como se tratará en otra parte de este trabajo.

De esta forma, la Constitución parte de un concepto y un contenido del indulto particular, que son los establecidos en la Ley de 1870. Y algunos aspectos de tal institución, en su regulación vigente, son necesarios y, además, esenciales, para entender el *derecho de gracia* contemplado en el art. 62. i).

La configuración del indulto particular en la Ley de 1870, en algunos aspectos, condiciona las posibles regulaciones del *derecho de gracia*. Hay

elementos en la Ley de 1870 que son los tenidos en consideración por el constituyente para afirmar la institución y son esenciales a efecto de alcanzar la cualidad de intangibles, al formar parte de la naturaleza misma de la *gracia* y, por ello, serían los elementos de partida para su regulación legal, pues son las premisas previas del constituyente; pero otros no parecen resultar esenciales para determinar el ser del *derecho de gracia*. Habrá que establecer qué elementos son los que determinan la naturaleza de la institución del indulto, y qué otros son accesorios –o mutables- en orden a su ejercicio.

Por una parte, que el indulto es manifestación del *derecho de gracia*, pues así se intitula la Ley de indulto de 18 de junio de 1870: “Reglas para el ejercicio de la Gracia del Indulto”. Que dentro del *derecho de gracia* incluye el indulto general²⁷¹ y la amnistía (pues se les denominan “gracias generales”²⁷² en la Exposición de Motivos y, además, el propio art. 62.i) excluye a los indultos generales de poder ser autorizados en ejercicio del *derecho de gracia*) y, por tanto, junto al indulto particular, son las tres manifestaciones que se reconocen de la *gracia* en dicha Ley. Y, además, que la *gracia* se identifica con el término prerrogativa²⁷³.

²⁷¹ La Ley de 1870 realiza una aproximación al concepto de indulto general en su Exposición de Motivos en los siguientes términos: “El indulto no debe concederse sino con pleno conocimiento de los hechos y de todas sus circunstancias, y después de un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir, bajo el aspecto de la justicia, de la equidad o de la conveniencia social. Por esto se prohíben en absoluto y se declara la nulidad de los que se concedan en términos generales y sin determinar la pena que se remite”. *Contrario sensu*, el indulto general será aquel que se concede sin pleno conocimiento de los hechos y sus circunstancias, sin un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir, bajo el aspecto de la justicia, de la equidad o de la conveniencia social; los que se conceden en términos generales y sin determinar la pena que se remite.

²⁷² “El artículo 74 de la Constitución prescribe que no se concedan amnistías e indultos generales sino en virtud de una ley especial. La forma y solemnidades, por lo tanto, de la concesión de estas gracias generales (...)”. Sobre los efectos de la Amnistía y el Indulto General: “(...) en último término vienen a ofrecer la importancia y a producir los efectos de una derogación transitoria de la ley penal”

²⁷³ “En el artículo 73 de la Constitución del Estado se otorga al Rey la facultad de conceder indultos particulares con sujeción a las leyes. Es, por consiguiente, manifiesto que debe haber una ley con arreglo a cuyas disposiciones la Corona ha de ejercer tan preciosa prerrogativa (...) La carencia de fuerza

También en la Ley de 1870 advertimos los efectos de la *gracia* del indulto particular, en su Exposición de Motivos “*eximir del cumplimiento de las penas*”²⁷⁴; “*Por el indulto vuelve el delincuente a adquirir los siempre importantes derechos de que le había privado justamente la sentencia*”; y, expresamente, en el texto articulado, donde se establecen los efectos del indulto, tanto el parcial como el total, en su art. 4: “*Será indulto total, la remisión de todas las penas a que hubiese sido condenado y que todavía no hubiese cumplido el delincuente; Será indulto parcial la remisión de alguna o algunas de las penas impuestas, o de parte de todas las en que hubiese incurrido y no hubiese cumplido todavía el delincuente*”.

Pero si bien el texto de la Ley de 1870 hace referencia, en diferentes ocasiones, a los efectos del indulto, solo en su Exposición de Motivos aparece el verdadero significado de la *gracia*: el “*perdón*”²⁷⁵. La Ley de 1870 considera al indulto como perdón y lo justifica en “*la inflexibilidad de la sentencia ejecutoria, que por mil variadas causas conviene en ciertos y determinados casos suavizar, a fin de que la equidad, que se inspira en la prudencia, no choque nunca con el rigor característico de la justicia (...) los mismos Tribunales, al cumplir la severa misión de aplicar la ley, y aun el Fiscal encargado de pedir su cumplimiento, podrán proponer el indulto del sentenciado cuando crean que la justicia o la equidad pueden sufrir agravio por el inflexible rigor del precepto escrito*”, en su Exposición de Motivos.

verdaderamente legislativa de estos decretos, simplemente administrativos, y la naturaleza misma de la prerrogativa de indultar (...)”

²⁷⁴ “*(...) la inobservancia de aquellas disposiciones, y dieron margen a la abusiva facilidad con que los delincuentes lograron muchas veces eximirse del cumplimiento de las penas a que se habían hecho acreedores por sus crímenes*”

²⁷⁵ “*Por la misma razón no podrá concederse, y en todo caso no podrá llevarse a efecto, el indulto que cause perjuicio a tercero o lesione su derecho, ni el de pena impuesta por delito privado, si no ha otorgado el perdón al delincuente la parte ofendida*”

Si indultar es perdonar, la naturaleza de la *gracia* es la del acto ajeno a la norma (pues el acto decisorio de perdonar no puede estar sometido a pautas imperativas en su contenido material, ya que se convertiría en un acto reglado), el cual solo puede ser ejercicio por quien tiene el poder de castigar, puesto que el perdón es el poder de excepcionar el castigo. Y aunque la Ley de 1870 intenta condicionar el ejercicio del indulto en el sometimiento a criterios de justicia equidad y utilidad pública²⁷⁶ la referencia a tales principios resulta ajena a toda objetividad en su aplicación, por lo que no puede conformarse como una pauta o regla normativa para el ejercicio del indulto.

El perdón debe referirse a una pena impuesta en sentencia firme. El art. 2.1 de la Ley de indulto 1870, exige que solo puedan ser indultados los procesados criminalmente condenados por sentencia firme²⁷⁷. Distingue tal requisito a otros supuestos de la *gracia*, pues el requisito de firmeza de la condena no concurre en el caso de la amnistía ni del indulto general, los cuales pueden acordarse sin haber recaído sentencia, incluso sin que se hubiese celebrado juicio, pudiendo ser beneficiarios de la amnistía y del indulto general incluso en la fase de diligencias previas.

La justificación deberá encontrarse en los efectos de amnistía e indulto general respecto a la ley penal, pues con ellas se produce la “*derogación transitoria de la ley penal*”, según la Exposición de Motivos de la Ley de 1870; tal derogación transitoria afecta al reo tanto en la fase inicial del proceso penal, como en la intermedia y en el juicio oral y, por supuesto,

²⁷⁶ Art. 11, Ley indulto 1870: “El indulto total se otorgará a los penados tan sólo en el caso de existir a su favor razones de justicia, equidad o utilidad pública, a juicio del Tribunal sentenciador”

Art. 16, Ley indulto 1870: “Podrán además imponerse al penado en la concesión de la gracia las demás condiciones que la justicia, la equidad o la utilidad pública aconsejen”

²⁷⁷ Art. 2, Ley indulto 1870: “Se exceptúan de lo establecido en el artículo anterior: 1.º Los procesados criminalmente que no hubieren sido aún condenados por sentencia firme”

respecto a condenas impuestas en sentencia firme. La derogación de la ley penal determina inexistencia de tipo penal con efectos transitorios, por lo que no siendo delito un hecho por no existir norma penal que lo tipifique –por haber sido derogada - no puede seguirse el procedimiento contra el imputado o procesado.

En el caso del indulto particular, éste no opera respecto a la norma penal, sino sobre la ejecución de pena impuesta. El perdón exige que se haya cometido la falta que es el objeto del perdón. Y para que una pena sea remitida o conmutada, es necesario que ésta haya sido impuesta en sentencia firme.

Los efectos del indulto pueden ser la “remisión” de la pena y, también, según el último apartado del mismo art. 4, la “conmutación” de la pena: *“Se reputará también indulto parcial la conmutación de la pena o penas impuestas al delincuente en otras menos graves”*. En la Ley de 1870 se identifica al indulto, en sus efectos, con otras instituciones ya reguladas en la normativa penal, y que están sometidas a determinados requisitos tasados en ley cuya competencia para acordarlas reside en el juzgador.

La diferencia entre el indulto y la remisión o la conmutación de la pena no se encuentra en los efectos que suponen para la pena, que son los mismos, sino en que el indulto determina el alejamiento absoluto de la norma penal respecto al poder competente para acordar tales efectos en la pena, y los motivos para autorizarlos, ajenos a los regulados en la ley penal. Un procedimiento diferente -el del indulto-, cuya competencia corresponde ejercer a un poder diferente, con un significado distinto –el perdón, acto graciable, ajeno, en lo material, al derecho- para el mismo

resultado: la remisión y conmutación de la pena, sin sujeción a la ley penal.

Otros elementos constitutivos del indulto, en la Ley de 1870, son los que se denominan “condiciones tácitas”²⁷⁸, en su art. 15:

- a.-** Que el indulto no perjudique los derechos de terceras personas
- b.-** Que en los indultos de delitos particulares sea oída la parte ofendida

El carácter tácito parece determinar su valor consustancial, propio de la naturaleza del indulto. No parece entenderse de otra forma el sentido tácito de tales requisitos respecto a los requisitos que resultan expresos en la propia ley. Se plantean como *condictio sine quae non*, por lo que su no concurrencia impide, no solo acceder a la petición de la *gracia*, sino también, conocer de ella.

La no afeción a terceros y la audiencia al ofendido determinan que el indulto no puede suponer un perjuicio consecuencia del beneficio que supone su concesión. No cabe conceder el perdón si con él se afectan los derechos de terceros, de forma que la *gracia* debe resultar inocua, tanto para terceros, como para la propia sociedad. Una afeción que, para su virtualidad, deberá producirse en la esfera de sus derechos y como consecuencia directa de la concesión del indulto. No caben pues daños hipotéticos, sino expresos.

²⁷⁸ Art. 15, Ley indulto 1870: “Serán condiciones tácitas de todo indulto: 1.ª Que no causen perjuicio a tercera persona o no lastime sus derechos. 2.ª Que haya sido oída la parte ofendida, cuando el delito por el que hubiese sido condenado el reo fuere de los que solamente se persiguen a instancia de parte”

Igualmente, habría que excluir de los posibles perjuicios a terceros el propio hecho de no cumplimiento de la pena, porque el cumplimiento de la pena no es un derecho individual. No existe un derecho subjetivo a que se cumpla una condena, diferenciándose éste del derecho a que se ejecute lo juzgado (24 CE). La Ley de 1870 pretende dotar al indulto de la naturaleza de título ejecutivo, y por ello considera que su concesión es una forma de conclusión de los trámites de ejecución de lo juzgado²⁷⁹. Pero, y por otra parte, el cumplimiento de la pena no genera derechos a terceros. Por tanto, su no cumplimiento, por sí mismo, tampoco puede determinar la afcción a derechos de terceros nacidos por la expectativa del cumplimiento. Tienen que ser derechos preexistentes a la condena y su cumplimiento, o independientes a éste los que, de alguna forma, se vean afectados.

El cumplimiento de la pena es una consecuencia de un actuar delictivo, prevista en norma penal, donde es la sociedad –el Estado- quien ostenta el único interés para exigir el cumplimiento de la condena –la finalidad de la pena del art. 25. CE, determina que es la sociedad la que interesa la reinserción del individuo y, por tanto, el cumplimiento de la pena es un interés público-. Es por ello que el indulto solo es comprensible si el cumplimiento de la condena no es necesario a efectos de la finalidad de la pena impuesta, pues caso contrario perjudicaría el interés del Estado en que el individuo sea reinsertado.

También es exigible la audiencia al ofendido en los delitos particulares previstos en la ley penal²⁸⁰. En tales delitos, que solo son perseguibles a

²⁷⁹ “Pero, una vez concedido el indulto, debe tener toda la fuerza de una sentencia ejecutoria. Los intereses más sagrados lo exigen así. Los principios más elementales de justicia lo proclaman también” Exposición de Motivos, Ley de indulto 1870

²⁸⁰ Título XI, Libro II, Código Penal

instancia de parte, hasta el último de los momentos del procedimiento, tiene el particular ofendido el poder de disposición del objeto del proceso para evitar la condena mediante su perdón. Pero una vez impuesta la pena, el particular deja de tener la facultad de disposición sobre su cumplimiento, aunque es parte interesada en la concesión del beneficio del indulto. La persecución del delito pertenece al ámbito de decisión del particular, pero el cumplimiento de la pena es una cuestión de orden público, motivo por el cual la oposición del ofendido a la concesión del indulto no tiene carácter obstativo, siendo solo preceptiva su audiencia.

Otro elemento esencial de la *gracia* del indulto es su irrevocabilidad. Respecto a esta característica la Exposición de Motivos la considera una nota determinante de la naturaleza de la institución²⁸¹. Igualmente, el art. 18 de la Ley de 1870 indica que *“La concesión del indulto es por su naturaleza irrevocable, con arreglo a las cláusulas con que hubiere sido otorgado”*. El legislador de 1870 parece querer dotar del valor de cosa juzgada a la decisión de indultar. La fundamentación hunde sus argumentos en la raíz religiosa del perdón –*“intereses más sagrados”*- y en *“los principios más elementales de justicia”*. Se evidencia así que la *gracia* del indulto es una institución que excede del ámbito jurídico en su justificación, para adentrarse en el terreno de lo trascendente.

La irrevocabilidad debe entenderse respecto al acto válido y ajustado al procedimiento legalmente establecido. La validez del acto que concede el indulto se rige por las normas propias del Consejo de ministros, como órgano colegiado, por lo que los vicios de nulidad que concurriesen en el

²⁸¹ *“Pero, una vez concedido el indulto, debe tener toda la fuerza de una sentencia ejecutoria. Los intereses más sagrados lo exigen así. Los principios más elementales de justicia lo proclaman también. Por esto se declaran irrevocables las concesiones de estas gracias, según las condiciones con que hayan sido hechas”* Exposición de Motivos, Ley de indulto 1870

acto de concesión, determinarían la nulidad del Real Decreto en el cual se materializa el indulto. Igualmente, y en lo referente al procedimiento legalmente establecido en la Ley de 1870, la omisión de los trámites que normativamente se prevén para la concesión del indulto, determinarían la nulidad de éste.

Sin embargo, si el acto de concesión (y también el de su denegación) se han ajustado al procedimiento, en todos sus trámites, el contenido material de la decisión adoptada no será susceptible de fiscalización. Si bien será la concesión del indulto, pero no su denegación, la que gozará de la irrevocabilidad que proclama la Ley de 1870 como consustancial al ejercicio del *derecho de gracia*, y que producirá efectos *erga omnes*, con valor de cosa juzgada e inmediata ejecutividad. La denegación del indulto no es pues, esencialmente, irrevocable, según la Ley de 1870.

Por último, la Ley de 1870, considera imprescindible la participación del tribunal sentenciador en los trámites del indulto, aunque no residencia en éste la facultad decisoria, pues su opinión es preceptiva pero no es vinculante para la concesión del indulto. El tribunal participa tanto en la instrucción del procedimiento²⁸² –entre otros, arts. 23 y 25-, como en la aplicación²⁸³ de la *gracia* –esto es en la ejecución de su concesión-. Y determina que es el poder Ejecutivo, en su conjunto, como Consejo de Ministros, quien tiene la competencia para acordar el indulto²⁸⁴.

²⁸² Arts. 23 y 25, Ley Indulto 1870

²⁸³ Art. 31, Ley Indulto 1870: “La aplicación de la gracia habrá de encomendarse indispensablemente al Tribunal sentenciador”

²⁸⁴ Exposición de Motivos, Ley Indulto 1870: “Y para asegurar aún más, si cabe, el acierto, no será el Ministro de Gracia y Justicia, sino todo el Consejo, quien habrá de tomar la última resolución en un decreto motivado, a fin de que consten siempre las razones que le movieron a ejercer la prerrogativa constitucional”

El ejercicio material del *derecho de gracia*, en el indulto particular, es competencia del poder Ejecutivo, por establecerlo así la Ley de 1870. No de un Ministro, sino del órgano colegiado que, según la Constitución, individualiza tal poder²⁸⁵. Pero tal atribución no es en sí misma, esencial a la naturaleza de la *gracia*. El titular histórico de la *gracia* –derecho del rey soberano–, perdió el haz de facultades que tradicionalmente le eran reconocidas por tal condición Soberana, en pro de su distribución entre los tres poderes del Estado, desde el nacimiento del Estado liberal de Derecho, y hasta la actualidad.

La determinación competencial a favor del Ejecutivo respecto al ejercicio del *derecho de gracia* no parece tener una justificación en la naturaleza misma de la *gracia* –pues es un acto de soberanía del Estado–, sino en la misión ejecutiva que se irroga al Gobierno, respecto a las decisiones de Estado. No obstante, tal atribución no determina un elemento que se presuponga de una intangibilidad manifiesta en cuanto a la esencia de la *gracia*, como para considerarla inherente a ésta.

Antes al contrario. La misión constitucional de juzgar y ejecutar lo que se juzga, permitiría al poder Judicial una atribución competencial sobre el *derecho de gracia*, no solo posible sino también correcta o adecuada. Como también lo sería, sin merma en la naturaleza de la *gracia*, que la excepción en la aplicación de las normas penales, en lo referente a sus efectos, fuese una facultad del poder Legislativo, pues de él emanan las normas penales y, por tanto, de él podrían emanar sus excepciones. O la coparticipación de diferentes poderes a través de sus órganos, incluso la

²⁸⁵ Art. 97, Constitución Española: “El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes”

atribución competencial a otros órganos constitucionales, puesto que la esencia de la *gracia* no se encuentra en el órgano que la acuerda sino en que a éste se le atribuya la capacidad de expresar la voluntad del Estado soberano para ejercer el perdón.

De esta forma, sí que resulta elemento indispensable en el ejercicio del *derecho de gracia* que sea el Rey quien formalmente participe en el acto de otorgamiento del indulto. Y ello es así porque la Constitución lo determina como la única exigencia expresa para su ejercicio –solo se reconoce al Rey tal función-, y también así lo establece la Ley de 1870, concretando tal participación, aunque de forma tácita, al ordenar que la concesión del indulto se haga en Real Decreto. Pero también porque era el Rey el titular histórico del *derecho de gracia* en el Estado absoluto y, en el Estado de Derecho, es quien ostenta la representación del Estado, que es el titular abstracto de la facultad de Indultar.

El Rey, en la Ley de 1870, no tiene ninguna atribución expresa ni en el procedimiento ni en la concesión o denegación del indulto, pese a lo que indica la Exposición de Motivos: *“En el artículo 73 de la Constitución del Estado se otorga al Rey la facultad de conceder indultos particulares con sujeción a las leyes. Es, por consiguiente, manifiesto que debe haber una ley con arreglo a cuyas disposiciones la Corona ha de ejercer tan preciosa prerrogativa”*. La parte dispositiva de la ley no hace mención alguna al Rey en todo su texto articulado. La única referencia existente es la del Real Decreto que concede el indulto, en su art. 30²⁸⁶.

²⁸⁶ Art. 30, Ley indulto 1870: *“La concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en Real Decreto que se insertará en el Boletín Oficial del Estado”*

En cualquier caso, la participación del Rey está condicionada, en la Ley de 1870, a que sea precisamente el Ejecutivo el que acuerde el indulto. No solo es el procedimiento gubernativo, ni la competencia para acordar o denegar el indulto, sino también por la forma en la que el Rey ejerce el *derecho de gracia*, hace necesario que sea el Gobierno quien ostente la competencia material sobre la *gracia*. La Ley de 1870 diseña el indulto para el Ejecutivo, pues solo prevé la participación del Rey respecto a un acto del Gobierno, no específicamente respecto al indulto. Pero ello no quiere decir que no exista una posibilidad de regulación distinta, puesto que, como ya se ha dicho, no es un elemento esencial que se atribuya al Ejecutivo la competencia sobre la *gracia*.

En definitiva los elementos necesarios de la *gracia* del indulto, en la Ley de 1870, y que determinan la configuración del *derecho de gracia* como función del Rey que consagra la Constitución, serían los siguientes:

1.- Elementos conceptuales:

- a.-** El indulto es una manifestación del *derecho de gracia*, al igual que el indulto general y la amnistía
- b.-** El *derecho de gracia* se identifica con el término “prerrogativa”
- c.-** La *gracia* del indulto significa “perdón”
- d.-** El indulto es irrevocable

2.- Efectos de la gracia:

- a.-** Amnistía e indulto general producen la “*derogación transitoria de la ley penal*”

b.- Los efectos del indulto particular pueden ser la remisión o la conmutación de la pena

3.- Requisitos materiales:

a.- Solo cabe el indulto particular respecto a una pena impuesta en sentencia firme

b.- El indulto no puede perjudicar los derechos de terceras personas

c.- En el indulto de delitos particulares debe ser oída la parte ofendida

4.- Requisitos formales:

a.- Participación del tribunal sentenciador

b.- Participación del Rey en la materialización del acto de concesión del indulto

2.2.- Contenido mínimo de la ley reguladora del derecho de gracia

El legislador ordinario asumió –vigente la Constitución- los conceptos y la naturaleza de la *gracia* plasmados en la Ley de 1870, pues cuando se modificó dicha norma en 1988²⁸⁷ se mantuvo el literal de tales extremos. Pero ello no implica que el legislador ordinario no pudiera apartarse del modelo de ejercicio del *derecho de gracia* que se encuentra regulado en la ley de 1870. Es una regulación posible, pero no la única, y no existe en el art. 61.i) restricción alguna en cuanto a los contenidos de la ley y a la

²⁸⁷ Ley 1/1988, de 14 de enero, por la que se modifica la Ley de 18 de junio de 1870, estableciendo las reglas para el ejercicio de la gracia de indulto (B.O.E. 15 enero)

caracterización del *derecho de gracia* que deberá regular. Tan solo los derivados de los elementos esenciales de la *gracia*, ya señalados, y que el Rey debe participar en su ejercicio, pero también constreñido por el alcance de las funciones del Rey en su configuración constitucional (irresponsabilidad del Rey y refrendo de sus actos).

De esta forma, los límites de la ley que regule el *derecho de gracia* son los previstos en la Constitución, tanto los expresamente determinados para el *derecho de gracia* en el art. 62.i (la prohibición de indultos generales y la participación del Rey en su ejercicio), como los que son de aplicación al *derecho de gracia* como una función del Rey sometida a refrendo en el art. 64 CE (naturaleza debida de las funciones del Rey y la prohibición de establecer a favor del Rey facultades que vayan más allá de la autorización formal del indulto). Y junto a estos, el respeto a los elementos esenciales de la institución del indulto contenidos en la Ley de 1870.

El contenido mínimo de la ley que debe regular el ejercicio del *derecho de gracia*, a la luz del art. 62 i), es, por una parte, la propia regulación de tal ejercicio y, por otra, la participación del Rey en sus trámites, con la limitación de que la acción del Rey no tenga contenido decisorio, bien expresamente, bien por aplicación del art. 64.1 CE (refrendo). Pero, es contenido que resulta necesario, además, el concepto del *derecho de gracia*, poder y órgano con competencia para acordarlo, límites, efectos, trámites y requisitos. De ello no se ocupa explícitamente el art. 62 i), pero es una necesidad implícita en el reconocimiento constitucional de la institución, y ha de ser la ley reguladora del *derecho de gracia* la que deberá suplir las carencias que se advierten del textual del art. 62.i).

Pues es lo cierto que ante la parquedad de la regulación del *derecho de gracia* en la Constitución (su contenido, límites y forma de ejercicio), se hace necesaria una regulación completa de la institución mediante ley. Pero, por otra parte, se advierte que para el constituyente no resultaba necesario que el texto constitucional explicitase los aspectos básicos del *derecho de gracia*. Ni tan siquiera la atribución competencial para su ejercicio material, elemento éste que, advertida la trascendencia de la institución en nuestro Estado de Derecho –y su incidencia en algunos de los principios vertebradores de la Constitución- nos resulta, cuanto menos, poco adecuado que se difiera al legislador ordinario.

Como ya se ha indicado, existe una incidencia directa y expresa en la materia constitucional que determina la exigencia de rango igualmente constitucional para la validez jurídica del *derecho de gracia*. Pero con la simple mención del *derecho de gracia* –en los términos que expresa el art. 62.i)- no parece que se cumpla la totalidad de las previsiones que deberían contenerse en la Constitución respecto a éste. Una institución que altera el esquema de atribución de funciones a los tres poderes del Estado, y que excepciona los principios constitucionales, no puede ser misión del poder constituido. La excepción debe tener igual rango que la norma que se excepciona, por lo que derivar al legislador ordinario los elementos fundamentales de tal excepción (quien tiene la facultad para ejercerla, en qué circunstancias podrá ejercerse, sus límites, supuestos y el propio concepto de *derecho de gracia*) no se compadece con el valor constitucional que se excepciona.

La alteración de la reserva funcional que el constituyente determinó de forma expresa para el poder Judicial (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado); su trascendencia constitucional sobre el contenido obligacional expreso

del art. 118 CE, sobre el núcleo esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, y la sustracción al concepto finalista de la pena impuesta del art. 25.2 CE; la incidencia en los contenidos del Título Preliminar de la Constitución, -imperio de la ley, art. 1 CE, principio de legalidad del art. 9.3, y su configuración penal del art. 25.1, principio de seguridad jurídica-; en definitiva, la afección a elementos esenciales del Estado de Derecho, sólo le es dable al poder constituyente, pues sólo éste puede lo excepcionar, y sin que la acción limitada y derivada del poder constituido pueda suplirlo en los aspectos que suponen la excepción de tales principios constitucionales: el titular de la competencia, concepto, contenido, extensión, límites y efectos.

En consecuencia, “la ley” que debe regular el ejercicio del *derecho de gracia*, tiene la misión constitucional de suplir las carencias que desde la parquedad del textual del art. 62.i) se advierten respecto a cuestiones fundamentales de la institución de la *gracia*. Y, así, se puede concebir la regulación *lege data* contenida en la Ley de 1870 como complemento, expresamente asumido por el constituyente, respecto a los elementos nucleares de ésta. Un contenido que, no obstante, no es inmutable, ya que, de pretenderse tal inmutabilidad, habría sido el Constituyente quien hubiese determinado los principios esenciales de la institución. Y no fue así.

Que el constituyente acepte y admita que una ley defina el *derecho de gracia*, debe llevar a que éste se concibe a partir de la flexibilidad que la remisión al legislador ordinario implica. La ausencia de elementos de definición constitucional, supone así la mutabilidad de los mismos, con excepción de los elementos expresamente determinados por el art. 62.i. de la Constitución: prohibición de indulto general y participación del Rey

en su ejercicio. Los restantes elementos de la ley de 1870 son, así, susceptibles de modificación, aunque con la restricción que operará respecto a los elementos esenciales que determinan a tal institución.

2.3.- Naturaleza de la ley reguladora del *derecho de gracia*

La dicción del art. 62.i) plantear otra cuestión esencial: qué tipología de ley es la que debe regular el ejercicio del *derecho de gracia*. Nada dice el art. 62.i) sobre el tipo de ley a la que se encomienda la regulación de la institución, y ello conduce, inicialmente, a que el constituyente no ha efectuado reserva de ley orgánica expresa para tal norma. La reserva de ley que contiene el art. 62.i) es a la categoría normativa “ley”, pero sin precisar su naturaleza orgánica u ordinaria.

La inexistencia de reserva de ley orgánica respecto al *derecho de gracia* no implica por otra parte, que se excluya ésta como categoría normativa adecuada para tal regulación. El hecho de no contemplarse de un modo expreso la reserva de ley orgánica, conduce al análisis de los requisitos que la propia Constitución establece para la reserva material de ley orgánica en el art. 81 CE.

Así el art. 81 CE prevé, en su apartado primero, que “*son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución*”. La omisión de reserva de ley orgánica en el art.62.i), impide que opere tal

reserva por remisión al inciso “*las demás previstas en la Constitución*”, puesto que no consta previsión expresa respecto al *derecho de gracia*.

Tampoco la ley reguladora del *derecho de gracia* se encuentra en los dos supuestos con un contenido expreso y determinado, referidos en el art. 81.1 CE: “*las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general*”. Supuestos éstos que, frente al primero recogido en el art. 81.1 -“*las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas*”-, concretan de forma precisa el ámbito material de dichas leyes orgánicas, y lo restringen a dos materias concretas.

Así, la abstracción del inciso “*las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas*” determina una relatividad que exige de concreción y, por tanto, está sometida a interpretación. En primer lugar, sobre lo que significa “*leyes relativas a*”, esto es, las que guardan “relación con”²⁸⁸. Una relación que no consta que se determine en la esencialidad del núcleo de aquello que deba regularse –en el caso, el desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas– sino que solo mantengan una relación material con éstos contenidos.

La necesaria precisión de lo que puede considerarse “*relativas al*”, tiene que cohererarse con el inciso “*desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas*”. La reserva de ley orgánica se efectúa así respecto a materias relativas (relacionadas) con el desarrollo de los derechos fundamentales. Relativo al desarrollo de tales derechos y libertades implica, por tanto, no solo una relación aparente o indirecta sino una incidencia directa e inmediata en la misión de desarrollar tales

²⁸⁸ Diccionario RAE: “1. Adj. Que guarda relación con alguien o algo”

materias. La relatividad inicial alcanza concreción cuando se establece el contenido de la ley: desarrollar los derechos fundamentales.

Las leyes “*relativas al desarrollo*” son, por ello, las leyes que tienen como contenido esencial desarrollar las materias que requieren tal desarrollo, o lo que es lo mismo materias que son susceptibles de ser desarrolladas que, además, necesitan ser desarrolladas. En tal tesitura se encuentran los derechos fundamentales y las libertades públicas. Tanto porque así lo prevé el art. 81.1, como por la configuración de tales materias en el Título I de la Constitución –De los derechos y deberes fundamentales–.

Ahora bien, no todos los derechos y deberes regulados en el Título I de la Constitución son “*derechos fundamentales y libertades públicas*”. La intitulación de la Sección I, del Capítulo II, Título I, es la que va a determinar cuáles son los derechos fundamentales y libertades públicas ya que así expresamente se intitula tal Sección, que comprende los arts. 15 al 29, ambos inclusive. Quedan por tanto fuera del ámbito material de las leyes orgánicas los restantes derechos y libertades del Título I de la Constitución. Y por todo ello, solo goza de reserva de ley orgánica el desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas de la Sección I, Capítulo II, Título I, de la Constitución (arts. 15 al 29).

Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, en Sentencia 76/1983, de 5 de agosto²⁸⁹: “*el art. 81.1, al definir las materias propias de Ley orgánica, se refiere al «desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas», que es precisamente la rúbrica utilizada para designar el*

²⁸⁹ Resolviendo los recursos previos de inconstitucionalidad, acumulados, núms. 311, 313, 314, 315 y 316/1982, dirigidos contra el texto definitivo del proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico

conjunto de los artículos comprendidos en la Sección Primera del capítulo II. Es preciso señalar que la actual expresión contenida en el art. 81.1 es el resultado de la transformación experimentada por el texto constitucional a lo largo del debate parlamentario, desde su redacción inicial -«desarrollo de los títulos I y II de la Constitución»- hasta la final aprobada en la Comisión Mixta Congreso-Senado, y que pone de manifiesto la preocupación del legislador constituyente por precisar qué materias dentro del título I habrían de quedar sujetas a reserva de Ley orgánica» (de su Fundamento Jurídico 2º).

El desarrollo de los restantes derechos contenidos en el Título I, tienen una protección dispar: mientras que los Capítulos I y III no gozan de reserva de ley expresa, todos los del Capítulo II tienen reserva de ley en cuanto a la regulación de su ejercicio, por previsión del art. 53.1: *“Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley que, en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161.1, a)”*²⁹⁰.

La reserva de ley alcanza a todo el Capítulo II del Título I, en lo referente a la regulación del ejercicio de los derechos que en éste se contienen según el art. 53.1. Pero, los de la Sección I, del mismo Capítulo y Título, gozan, además, de reserva de ley orgánica en cuanto al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas contenidos en ésta. Y ello conduce a establecer que, respecto a los derechos fundamentales de la Sección I, aquello que no constituya estrictamente ser el *“desarrollo de*

²⁹⁰ Recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley

los derechos fundamentales y las libertades públicas” -reservado a ley orgánica- tendrá reserva de ley ordinaria en cuanto regule el “*ejercicio de tales derechos y libertades*” por formar parte del Capítulo II.

El “*desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas*” del art. 81.1 CE es, necesariamente, un concepto más restringido que el de la regulación del “*ejercicio de tales derechos y libertades*” del art. 53.1 CE. Y ello porque, por una parte, la reserva de ley orgánica es, por concepto y por configuración, excepcional. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 160/1987, de 27 de octubre²⁹¹, considera que sólo habrán de revestir la forma de la ley orgánica aquellas materias previstas de manera expresa por el constituyente, sin que el alcance de la interpretación pueda ser extensivo, al tiempo que, por lo mismo, dichas materias deberán recibir una interpretación restrictiva²⁹².

²⁹¹ Recurso de inconstitucionalidad núm. 263/1985, interpuesto por el Defensor del Pueblo, contra la totalidad de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria, y contra la Ley Orgánica 8/1984, en su art. 2, apartados 1, 2, 3 y 4, reguladora del régimen de recursos y régimen penal en materia de objeción de conciencia y prestación social sustitutoria.

²⁹² “*Nuestro constituyente, al configurar la denominada Ley Orgánica (art. 81 C.E.), lo ha hecho, y así lo ha interpretado este Tribunal Constitucional de modo restrictivo y excepcional en cuanto excepcional es también la exigencia de mayoría absoluta y no la simple para su votación y decisión parlamentaria. Ello supone que sólo habrán de revestir la forma de Ley Orgánica aquellas materias previstas de manera expresa por el constituyente, sin que el alcance de la interpretación pueda ser extensivo, al tiempo que, por lo mismo, dichas materias deberán recibir una interpretación restrictiva. Ese deslinde, aparte del hecho ya por la Constitución, podrá ser realizado por la propia Ley Orgánica, determinando cuáles son propias de su normativa y cuáles las dejadas a la Ley ordinaria, sin perjuicio de la última y definitiva interpretación de este Tribunal. Una primera delimitación, como se ha indicado, es la que hace el art. 81.1 C.E. al decir que «son Leyes Orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución». Pero al no ser la norma totalizadora, deja en pie otra subdelimitación, trasladando la dificultad a otro campo: el del significado constitucional y el del alcance sistemático de la expresión «desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas», dificultad que surge ante la necesidad de fijar, interpretativamente, a qué derechos y libertades se refiere la exigencia de la Ley Orgánica, si sólo al exacto y concreto contenido de esa rúbrica de la Sección 1.ª del Capítulo Segundo I de la Constitución, o también a otros derechos y libertades que, no incluidos en esa Sección 1.ª pudieran calificarse y considerarse como derechos y libertades fundamentales por su contenido y esencia, reseñados en otros lugares del Texto fundamental, o bien porque su vulneración pueda ser sancionada por el recurso de amparo. No es, a este respecto, uniforme la doctrina que se ha ocupado de este problema. Por un lado, se sostiene que la inclusión de un derecho en el Texto constitucional, en determinado paraje del mismo,*

Y por otra parte “desarrollo” del derecho no es sinónimo ni equivalente a “regulación del ejercicio” del derecho. No pueden ser lo mismo porque en tal caso, la previsión de reserva de ley del art. 53.1 (regulación del ejercicio) estaría siendo reiterada, con una categoría normativa diferente -reserva de ley orgánica-, en el art. 81.1, para una misma materia -la de la Sección I, del Capítulo II- utilizando un término diferente (desarrollo del derecho).

Si el art. 81.1 CE prevé la reserva de ley orgánica para el desarrollo del derecho, y el art. 53.1 prevé reserva de ley para regular el ejercicio del derecho respecto a una misma materia, la excepcionalidad de la reserva de ley orgánica implica la de la materia que debe ser regulada por ésta, y, por ello, desarrollar el derecho tiene un ámbito material restringido y todo aquello que exceda de tal desarrollo, quedará fuera de la reserva de ley orgánica, para configurarse como regulación del ejercicio, dentro del ámbito de la reserva de ley del art. 53.1. Son dos contenidos materiales diferentes donde “el desarrollo del derecho” es excluyente y limitado y el “ámbito de ejercicio” se proyecta sobre un espacio necesariamente más amplio.

no puede considerarse como razón decisiva para calificarle o no de derecho fundamental, porque tampoco es fácil escrutar la intención del constituyente, ni siquiera infiriéndola de los antecedentes de la discusión parlamentaria, ya que ello no constituye un criterio objetivo, impersonal, siempre más fiable y seguro. Tampoco goza de esta cualidad la determinación de lo que sea un derecho fundamental por la circunstancia, meramente procesal, de estar protegido por el recurso de amparo, puesto que el Derecho comparado nos muestra la inexistencia de ese recurso como posible garantía de esos derechos, no obstante su reconocimiento. Asimismo se añade por otro sector la posibilidad de estimar como fundamentales ciertos derechos comprendidos en la Sección 2.ª del Capítulo Segundo, Título 1, de nuestra Constitución, por ejemplo los previstos en los arts. 32, 33, 35 y 37, derechos también sustraídos a la libre disponibilidad del legislador (art. 53.1 C.E.). El Tribunal Constitucional, sin embargo, se ha pronunciado ya por el entendimiento de que «los derechos fundamentales y libertades públicas» a que se refiere el art. 81.1 de la Norma suprema son los comprendidos en la Sección 1.ª, Capítulo Segundo, Título I, de su Texto (STC 76/1983, de 5 de agosto), exigiéndose, por tanto, forma orgánica para las leyes que los desarrollen de modo directo en cuanto tales derechos (STC 67/1985, de 26 de mayo), pero no cuando meramente les afecten o incidan en ellos, so pena de convertir a las Cortes en «constituyente permanente» con la proliferación de Leyes Orgánicas (STC 6/1982, de 22 de febrero)” (Fundamento Jurídico 2ª)

No obstante, no se trata tanto de la determinación del significado de los términos “desarrollo” *vs* “ejercicio”, puesto que no es ésta una cuestión terminológica, sino de la concreción de la voluntad del constituyente al reservar la categoría de ley orgánica para determinados aspectos de los derechos fundamentales y las libertades públicas, frente a aquellas otras cuestiones que no requieren de ley orgánica, aunque referidas a dichos derechos fundamentales. Y así lo considera el Tribunal Constitucional “*exigiéndose, por tanto, forma orgánica para las leyes que los desarrollen de modo directo en cuanto tales derechos (STC 67/1985, de 26 de mayo), pero no cuando meramente les afecten o incidan en ellos*”²⁹³.

La concreción del ámbito material de reserva de ley orgánica, respecto al desarrollo de los derechos fundamentales que prevé el art. 81.1 CE, ha sido objeto –necesario– de diferentes pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional. Así, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 101/1991²⁹⁴, de 13 de mayo, se considera que la especial protección que la Constitución dispensa a los derechos fundamentales y a las libertades públicas, entre la que se incluye la reserva de ley orgánica, comprende, tanto el conjunto de facultades de actuación que son necesarias para que el derecho o libertad sean reconocibles como tales, como aquellas otras facultades que la ley, más allá de ese contenido esencial, conceda a los titulares del derecho o libertad, las cuales quedan incorporadas al derecho o libertad con el beneficio de la protección especial que éstos merecen²⁹⁵.

²⁹³ STC 160/1987 de 27 de octubre de 1987, *ob. cit.*

²⁹⁴ recurso de inconstitucionalidad contra el párrafo segundo de la Disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical

²⁹⁵ “*Es desde luego, cierto que el art. 81.1 de la Constitución, concerniente a las normas «relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas», tiene una función de garantía adicional que conduce a reducir su aplicación a las normas que establezcan restricciones de esos derechos y libertades o las desarrollen de modo directo, en cuanto regulen aspectos consustanciales de los mismos,*

Es pues elemento delimitador de la reserva de ley orgánica respecto al desarrollo de los derechos fundamentales, que ésta se refiera a normas que restrinjan tales derechos o sean desarrollo directo de los mismos en sus aspectos consustanciales, mientras que la afección a elementos no necesarios o que no incidan directamente en su ámbito y fines no van a tener tal reserva de ley orgánica.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional 67/1985, de 24 de mayo²⁹⁶, se incide en que la reserva de ley orgánica deberá referirse a la ley que desarrolle el derecho fundamental “en cuanto tal”²⁹⁷. Y en la Sentencia 57/1989, de 16 de marzo²⁹⁸, se considera inaplicable la reserva de ley orgánica del art. 81.1 CE para aquellas materias que, aunque sí estén relacionadas con una determinada libertad (en el supuesto, la sindical) no afecten al desarrollo del derecho fundamental²⁹⁹.

excluyendo, por tanto, aquellas otras que simplemente afecten a elementos no necesarios sin incidir directamente sobre su ámbito y límites (SSTC 160/1987, 161/1987, 57/1989 y 132/1989, entre otras) ... la especial protección que la Constitución dispensa a los derechos fundamentales y libertades públicas, entre la que se incluye la reserva de Ley orgánica, comprende tanto el conjunto de facultades de actuación que son necesarias para que el derecho o libertad sean reconocibles como tales en la medida en que, de la posibilidad de su ejercicio, dependa ineludiblemente su real, concreta y efectiva protección, es decir, el conjunto de facultades que integran el llamado contenido esencial o núcleo irreductible del derecho, como todas aquellas otras facultades que la Ley, más allá de ese contenido esencial, conceda a los titulares del derecho o libertad, las cuales, de esa forma, quedan incorporadas al derecho o libertad con el beneficio de la protección especial que éstos merecen” (Fundamento Jurídico 2º)

²⁹⁶ Cuestión de inconstitucionalidad núm. 364/1983

²⁹⁷ “La reserva de la Ley Orgánica en el art. 81.1 de la Constitución en orden a las leyes relativas «al desarrollo de los derechos fundamentales» se refiere en este caso a la Ley que desarrolle el derecho fundamental de asociación en cuanto tal, pero no excluye la posibilidad de que las leyes ordinarias incidan en la regulación de tipos específicos de asociaciones, siempre que respeten el desarrollo efectuado en la Ley Orgánica” (Fundamento Jurídico 2º)

²⁹⁸ recursos de inconstitucionalidad núms. 759/84 y 768/84 en relación con la Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores

²⁹⁹ “Aunque la libertad sindical se conciba como un derecho fundamental y existan aspectos relacionados con ella que exigen Ley Orgánica en cumplimiento del art. 87 de la Constitución, de ello no se sigue que toda materia relacionada con la libertad sindical exija reserva de Ley Orgánica, si no afecta al desarrollo del derecho fundamental”

En la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/1989, de 18 de julio³⁰⁰ se indica que la reserva de ley orgánica se limita a elementos necesarios como son la regulación de los aspectos esenciales para la definición del derecho, su ámbito y límites en relación con otros derechos y libertades, sin que toda regulación que afecte al ejercicio de un derecho constituya forzosamente su desarrollo: *“una cuestión no esencial o definitoria del contenido del derecho, sino accidental al mismo, ni puede considerarse «desarrollo», en el sentido del art. 81 de la C.E.”*³⁰¹.

Así las pautas para advertir aplicable la reserva de ley orgánica respecto a las normas que desarrollen los derechos fundamentales y libertades públicas de la Sección I, Capítulo II, Título I, quedan determinadas por las siguientes:

³⁰⁰ Recurso de inconstitucionalidad núm. 961/1985 contra la Ley del Parlamento de Cataluña 18/1985, de 23 de julio, de Cámaras Profesionales Agrarias

³⁰¹ *“En principio, no toda regulación referente a las asociaciones, su actividad y funciones puede considerarse como «desarrollo» del derecho de asociación, pues ello supondría una extensión desmesurada del ámbito de la Ley Orgánica al respecto. Ciertamente, cabe considerar que la regulación de determinados aspectos, esenciales para la definición del derecho, la previsión de su ámbito y la fijación de sus límites en relación con otras libertades constitucionalmente protegidas, son elementos necesarios del «desarrollo» normativo a realizar por Ley Orgánica. Pero, aparte de estos elementos esenciales y necesarios, la Ley Orgánica puede ampliar el contenido del derecho de que se trate, o bien puede remitir a leyes ordinarias la regulación de aspectos que no resulten decisivos o capitales en su configuración, o, finalmente, puede optar por no incluir en su «desarrollo» aquellos aspectos que el legislador orgánico estime innecesarios o accidentales. En cualquier caso, no es posible estimar que cualquier regulación que en alguna forma afecte al ejercicio de un derecho constituye forzosamente un «desarrollo» del mismo, y, en consecuencia, ha de responder a los requisitos del art. 81 de la C.E. En el presente caso, es claro que la representación ante administraciones públicas de organizaciones o asociaciones no es el elemento definidor o necesario del derecho de asociación; y que, en los términos en que ha de interpretarse el art. 9.1 de la Ley (según señalamos en el fundamento jurídico 13) no supone una restricción de ese derecho respecto de las organizaciones o asociaciones de profesionales del sector agrícola. En consecuencia, la regulación por una norma, en este aspecto, sectorial (en cuanto se refiere a unas organizaciones o asociaciones específicas del sector agrario) de una cuestión no esencial o definitoria del contenido del derecho, sino accidental al mismo, ni puede considerarse «desarrollo», en el sentido del art. 81 de la C.E., ni obviamente, se opone a Ley Orgánica alguna. Por ello, no puede exigirse, en la situación presente del ordenamiento, una reserva de Ley Orgánica para regular la materia objeto del art. 11 de la L.B.C.A.”*

a.- Que desarrollen de modo directo en sus aspectos consustanciales los derechos fundamentales y las libertades públicas.

b.- Que determinen elementos necesarios y los aspectos esenciales para la definición de tales derechos y libertades.

c.- Que incidan en el ámbito, fines y límites del derecho fundamental en relación con otros derechos y libertades o bien determinen restricciones de tales derechos y libertades.

Por el contrario, quedan fuera del ámbito de la reserva de ley orgánica las normas que regulen cuestiones no esenciales ni definitorias para el contenido del derecho, sino cuestiones accidentales o elementos que no son necesarios o que no incidan directamente en el ámbito y fines del derecho fundamental.

Sentadas tales premisas, corresponde analizar si el *derecho de gracia* se encuentra en el ámbito material de reserva de ley orgánica del art. 81 CE para con ello establecer si la ley que la constitución determina que debe regularlo deberá revestir tal categoría normativa. Y para ello, tendremos que establecer si el ejercicio del *derecho de gracia* determina alguna incidencia en los derechos fundamentales y libertades públicas de la Sección I, Capítulo I, Título I, y si tal incidencia resulta determinante en los elementos necesarios y aspectos esenciales de tales derechos, o bien inciden en su ámbito, fines y límites, o establece restricciones de tales derechos y libertades.

Y un somero análisis de los derechos fundamentales contenidos en la Sección I, Capítulo II, Título I, advierte que, del catálogo de derechos consagrados en el texto constitucional, tan solo los de los arts. 17, 24 y 25 son susceptibles de afección por el ejercicio del *derecho de gracia*.

2.3.1.- Derecho de gracia y derecho a la libertad individual art. 17.1 CE

El derecho fundamental a la libertad, del art. 17 CE, se contempla en los siguientes términos: “1. *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley*”. La privación de la libertad requiere de una norma con rango de ley que, en la medida que determina un límite al ejercicio del derecho a la libertad, exige, por mor del art. 81.1 CE categoría de ley orgánica.

Esta ley orgánica es la norma penal pues en ella se establecen las penas privativas de libertad. La afección del *derecho de gracia* en la privación de libertad, sin embargo, no determina ser un límite para el derecho fundamental a la libertad sino antes al contrario, por cuanto el *derecho de gracia* en todo caso supone el no cumplimiento de la pena privativa de libertad, por lo que no es, en esencia, una restricción a tal derecho. El ejercicio del *derecho de gracia* sí que está determinando, en cambio, un aspecto relacionado con el derecho a la libertad individual, puesto que su aplicación, en aquellos casos en los que con la aplicación de la medida de *gracia* se exime de cumplir una pena privativa de libertad, se encuentra en el ámbito de ejercicio de tal derecho fundamental.

Pero la exigencia de ley orgánica para la restricción del derecho no se puede extender a una excepción de tal restricción, pues el *derecho de gracia* no es una limitación del derecho a la libertad personal sino que permite que se siga ejerciendo dicho derecho en su plenitud al evitar las consecuencias de la norma penal en la libertad del individuo. Incide así el *derecho de gracia* en el ámbito de ejercicio del derecho, en tanto que excepciona su restricción pero no en cuestiones esenciales o definitorias del contenido del derecho.

En otros términos, el *derecho de gracia* no resulta esencial para poder definir el derecho a la libertad personal. Su ejercicio supone la plenitud de dicha libertad y no afecta a la configuración o naturaleza del derecho, pues sus efectos se despliegan sobre la restricción de éste. El *derecho de gracia*, por lo tanto, no afecta a elementos necesarios para el desarrollo constitucional de la libertad personal del art. 17 CE, sino al concreto supuesto de exención de la restricción de tal derecho ordenada por la ley penal. El *derecho de gracia*, respecto a la libertad personal, es una cuestión incidental que afecta a la norma penal, que la restringe, pero no a los elementos necesarios del derecho fundamental.

Así, la concesión de un indulto, como ejercicio del *derecho de gracia*, permite mantener inalterado el contenido del derecho fundamental pues deja sin efecto sus restricciones. Es por ello el *derecho de gracia* inocuo para el ejercicio del derecho a la libertad personal, pues en nada afecta a su ámbito y fines, pues solo elimina los límites del derecho fundamental que prevé la norma penal, pero sin alterar su contenido esencial. Y su denegación, en nada altera la previsión de la ley penal, por lo que será ésta la que cumpla con la exigencia de reserva material de ley orgánica.

No obstante, aunque el ejercicio del *derecho de gracia* no constituye una decisión sobre la restricción de la libertad en sentido estricto sin embargo afecta “*al valor libertad en cuando modaliza la forma en que la ejecución de la restricción de la libertad se llevará a cabo*”³⁰². Pero la afección al valor libertad no alcanza a la definición y al ámbito –núcleo esencial- del derecho fundamental. En consecuencia y respecto al derecho del art. 17 CE, el *derecho de gracia* no es materia que exija ley orgánica para su regulación, según el art. 81.1 CE, bastando la categoría normativa de ley del art. 53.1 CE, que igualmente cumple con la exigencia del art. 61. i) CE.

2.3.2.- Derecho de gracia y tutela judicial efectiva art. 24.1 CE

Mayores problemas nos plantea la incidencia del *derecho de gracia* en el derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE: “*1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*”. Porque la exigibilidad de cumplimiento de las sentencias sí que se encuentra en el núcleo esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. El cumplimiento de lo dispuesto en sentencia firme no es solo una obligación, sino también un derecho fundamental: la efectividad de la sentencia firme y el cumplimiento de lo dispuesto en el fallo de la resolución judicial.

³⁰² STC 57/2007, de 12 de marzo. Tal Sentencia se refiere a las resoluciones que conceden o deniegan la ejecución de la pena pero el ámbito de afección al Derecho Fundamental a la libertad resulta en algunos aspectos coincidente con el que se puede predicar del *derecho de gracia*

En la Sentencia del Tribunal Constitucional 92/1988, de 23 de mayo, se delimita el ámbito del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, con expresa extensión al derecho a que se ejecute lo juzgado: *“En primer lugar, debemos reiterar que «la ejecución de las Sentencias en sus propios términos forma parte del derecho fundamental a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, ya que en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconocen o declaran no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna» (STC 167/1987 28 de octubre)*³⁰³. *La ejecución de las Sentencias es, por tanto, parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y es, además, cuestión de esencial importancia para dar efectividad a la cláusula de Estado social y democrático, que implica, entre otras manifestaciones, la sujeción de los ciudadanos y de la Administración Pública al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adopta la jurisdicción, no sólo juzgando, sino también ejecutando lo juzgado, según se desprende del art. 1 17.3 de la Constitución (STC 67/1984, de 7 de junio)*³⁰⁴.

³⁰³ *“Desde la STC 32/1982, de 7 de junio, hasta la más reciente STC 125/1987, de 15 de julio, es doctrina consolidada de este Tribunal que la ejecución de las Sentencias en sus propios términos forma parte del derecho fundamental a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, ya que en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconozcan o declaren no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna. De ahí que el Tribunal se haya ocupado de destacar el lugar central que el respeto a los fallos judiciales y su efectivo cumplimiento por los poderes públicos ocupa en un Estado de Derecho como el que la Constitución proclama en su art. 1, advirtiendo a este propósito que cualquier eventual infracción del deber de cumplir las Sentencias y resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales (art. 118 de la Constitución) no puede redundar en ningún caso en una pérdida de la efectividad de las mismas (STC 67/1984, de 7 de junio). La titularidad de la potestad de ejecución corresponde exclusivamente a los propios órganos judiciales como una manifestación típica de la potestad jurisdiccional que la Constitución les ha conferido en su art. 117.3. De acuerdo con ello, no compete a este Tribunal precisar cuáles sean las decisiones y medidas oportunas que en cada caso hayan de adoptarse en el ejercicio de dicha potestad jurisdiccional ejecutiva, pero sí le corresponde, en cambio, corregir y reparar las eventuales lesiones del derecho a la tutela judicial que tengan su origen en la pasividad o el desfallecimiento de los órganos judiciales para adoptar las medidas necesarias que aseguren el cumplimiento de sus propios fallos” (Fundamento Jurídico 2º)*

³⁰⁴ *“El art. 24.1 de la Constitución establece el derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso*

En el derecho a la tutela judicial efectiva está ínsita la virtualidad de lo resuelto, la traslación a la esfera de los particulares y del propio Estado de lo dispuesto por el fallo judicial. Así, el derecho a la ejecución de las sentencias y resoluciones judiciales está comprendido en el art. 24.1 de la Constitución, y es una exigencia “*del principio de seguridad jurídica y el de legalidad en materia procesal contenidos en los artículo 9.2 y 117.3 de la Constitución*”³⁰⁵.

De esta forma, con el ejercicio del *derecho de gracia* un poder diferente al Judicial, obligado a cumplir las sentencias firmes, tiene la facultad de dispensar de tal cumplimiento, en situaciones concretas, a individuos determinados, y de excepcionar la misión de hacer ejecutar lo juzgado. Y ello tiene una notable incidencia en el derecho fundamental a la tutela

pueda producirse indefensión. Este derecho comprende, según ha declarado el Tribunal en reiteradas ocasiones, el de obtener la ejecución de las Sentencias, naturalmente dejando a salvo el caso de las meramente declarativas, pues lo contrario sería convertir las decisiones judiciales en meras declaraciones de intenciones (Sentencia 32/1982, de 7 de junio, fundamento jurídico 1). La ejecución de las Sentencias - en sí misma considerada- es una cuestión de capital importancia para la efectividad del Estado social y democrático de Derecho que proclama la Constitución -art. 1-, que se refleja -dentro del propio Título Preliminar- en la sujeción de los ciudadanos y los Poderes Públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, cuya efectividad -en caso de conflicto- se produce normalmente por medio de la actuación del Poder Judicial -arts. 117 y siguientes de la Constitución- que finaliza con la ejecución de sus Sentencias y resoluciones firmes. Por ello, difícilmente puede hablarse de la existencia de un Estado de Derecho cuando no se cumplen las Sentencias y resoluciones judiciales firmes, y de aquí que el art. 118 de la Constitución establezca que «es obligado cumplir las Sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución del mismo». Cuando este deber de cumplimiento y colaboración -que constituye una obligación en cada caso concreto en que se actualiza- se incumple por los Poderes Públicos, ello constituye un grave atentado al Estado de Derecho, y por ello, el sistema jurídico ha de estar organizado de tal forma que dicho incumplimiento -si se produjera- no pueda impedir en ningún caso la efectividad de las Sentencias y resoluciones judiciales firmes. El art. 24.1 de la Constitución, al establecer el derecho a la tutela judicial efectiva -que comprende el de ejecución de las Sentencias según hemos indicado- viene así a configurar como un derecho fundamental de carácter subjetivo, lo que, desde una perspectiva objetiva, constituye un elemento de trascendental importancia en el sistema jurídico. El desarrollo y regulación del ejercicio de este derecho fundamental, que vincula a todos los Poderes Públicos, corresponde al legislador, el cual deberá respetar su contenido esencial (arts. 81 y 53.1 de la Constitución); contenido que puede extraerse en parte de la propia Constitución, interpretada de forma sistemática, dado que la misma es un todo en el que cada precepto adquiere su pleno valor y sentido en relación a los demás” (Fundamento Jurídico 2º)

³⁰⁵ STC 102/1984, de 12 de noviembre

judicial efectiva del art. 24.1 CE, pues se impide el derecho a la ejecución de la resolución judicial, integrado en el núcleo esencial de tal derecho fundamental.

La trascendencia de tal incidencia, por tanto, hay que situarla en el núcleo mismo del derecho fundamental, puesto que el ejercicio del *derecho de gracia* supone la inejecución del fallo condenatorio de una sentencia, en un aspecto esencial de la misma: el cumplimiento de la pena impuesta, pues la Ley de indulto de 1870 determina, en su art. 4, como efectos por la concesión de la *gracia*, la remisión total o parcial de las penas impuestas, o su conmutación³⁰⁶.

Remitir es perdonar³⁰⁷. La remisión de la pena determina la extinción de la responsabilidad criminal, según establece el art. 130.1.3º del Código Penal³⁰⁸ –en su redacción vigente hasta el día 1 de julio de 2015–³⁰⁹. Y,

³⁰⁶ Art. 4, Ley indulto 1870: “El indulto podrá ser total o parcial. Será indulto total, la remisión de todas las penas a que hubiese sido condenado y que todavía no hubiese cumplido el delincuente. Será indulto parcial la remisión de alguna o algunas de las penas impuestas, o de parte de todas las en que hubiese incurrido y no hubiese cumplido todavía el delincuente. Se reputará también indulto parcial la conmutación de la pena o penas impuestas al delincuente en otras menos graves”

³⁰⁷ En el Diccionario RAE el término Remitir (del lat. *remittĕre*). “2. tr. Perdonar, alzar la pena, eximir o liberar de una obligación”. En el “Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense, ó sea, Resumen de las leyes, usos, prácticas y costumbres” de Escriche, J. (1838), se equipara el término perdón a la remisión: “Perdonar: es la remisión del agravio, injuria u ofensa que uno ha recibido, o de la pena merecida por un delito. Puede un particular remitir la injuria que se le ha hecho y renunciar la satisfacción de los perjuicios que se le hayan ocasionado; mas sólo el Soberano puede conceder la remisión de la pena en que ha incurrido el delincuente” Escriche, J. “Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense, ó sea, Resumen de las leyes, usos, prácticas y costumbres” Voz “perdón”, Imprenta J. Ferrer de Orga, 1838, pág. 489

³⁰⁸ Art. 130, Código Penal: “1. La responsabilidad criminal se extingue: 3º Por la remisión definitiva de la pena, conforme a lo dispuesto en el artículo 85.2 de este Código”. Por su parte, el art. 85.2 del Código Penal, vigente hasta 1 de julio 2015, establece que: “2. Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber delinquirido el sujeto, y cumplidas, en su caso, las reglas de conducta fijadas por el juez o tribunal, éste acordará la remisión de la pena”

³⁰⁹ En la redacción dada al art. 130.1.3º por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, con vigencia a partir de 1 de julio de 2015, se cambia la remisión al art. 85.2, por una nueva remisión a “lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 87”, referidos, al igual que en el anterior art. 85.2, a la remisión de la pena una vez hubiera transcurrido “1.

expresamente, el indulto tiene el mismo efecto en dicho artículo, en su apartado 1.4º: la extinción de la responsabilidad criminal³¹⁰. De esta forma, la Ley de 1870 establece como efecto del indulto la remisión de la pena, mientras que el Código Penal determina que el efecto del indulto es la extinción de la responsabilidad criminal, sin equiparar tal término a la remisión de la pena, que la trata en un apartado diferente del art. 130.1 del Código Penal.

Que la ley penal establezca como efecto del indulto la extinción de la responsabilidad criminal, mientras que la Ley de 1870 establece que el efecto del indulto es la remisión de la pena –siendo que ésta, a su vez, en el Código Penal, igualmente extingue la responsabilidad criminal-, no supone más que la utilización de dos términos que explicitan un mismo efecto: el perdón de la pena mediante la extinción de la responsabilidad criminal.

La previsión de la ley penal respecto al indulto como forma de extinción de la responsabilidad penal, no resultaría, sin embargo, necesaria, para que el indulto produjese tal efecto. En la medida que la ley de indulto establece como efecto la remisión de la pena, y ésta supone la extinción de la responsabilidad criminal, es la Ley de indulto de 1870 la que está determinando expresamente tal efecto. La remisión de la pena es efecto

(...) el plazo de suspensión fijado sin haber cometido el sujeto un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida, y cumplidas de forma suficiente las reglas de conducta fijadas por el juez o tribunal, éste acordará la remisión de la pena". En el caso de penas suspendidas respecto a delitos cometidos a causa de la dependencia a sustancias, el apartado 2, del artículo 87, prevé que, para la remisión de la pena, "2. (...) deberá acreditarse la deshabitación del sujeto o la continuidad del tratamiento. De lo contrario, el juez o tribunal ordenará su cumplimiento, salvo que, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años"

³¹⁰ Art. 130, Código Penal: "1. La responsabilidad criminal se extingue: 4º.- Por el indulto"

del indulto, y la remisión determina la extinción de la responsabilidad criminal.

Cabría entonces plantear cuál es el motivo para que la ley penal prevea expresamente que el indulto extingue la responsabilidad criminal, si tal previsión no resulta necesaria, pues la Ley de 1870 ya establece dicho efecto en la pena impuesta. Una explicación podría ser que la ley penal establece un supuesto específico para la extinción de la responsabilidad criminal: la remisión por suspensión de la pena. La remisión de la pena es un concepto jurídico que el Código Penal aplica a un supuesto concreto: la suspensión. Pero la remisión, en sí misma, determina la extinción de la responsabilidad criminal. Y en tal sentido se menciona como efecto del indulto en la Ley de 1870.

El indulto tendría como efecto la remisión de la pena, pero el Código Penal diferencia la remisión de la pena por indulto de la figura de la remisión de la pena por suspensión de la misma (remisión condicional). En ambos casos, la remisión supone la extinción de la responsabilidad criminal. Dado que el término remisión solo se utiliza en el Código Penal para una clase de remisión concreta (la condicional por suspensión), el legislador habría optado por utilizar el término remisión como concepto único para identificar con él la remisión condicional por suspensión y aplicar al indulto los mismos efectos de la remisión, pero sin llegar a mencionarla como tal.

La afcción al derecho fundamental art. 24.1 por el *derecho de gracia* se produce por cuanto éste impide el cumplimiento de lo que dispone la sentencia condenatoria firme. La pena impuesta en resolución judicial dejará de cumplirse por haberse extinguido de la responsabilidad penal,

esto es, por devenir en inexistente tal responsabilidad lo que impide que pueda ser exigida. Se trata de una renuncia del Estado al derecho de castigar, que traslada tal decisión al ámbito de la ejecución de las resoluciones judiciales, dejándolas sin efecto y sin posibilidad de su ejecución.

Una afección nuclear a la esencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva: *“En un Estado democrático y de Derecho las sentencias dictadas por los Tribunales de Justicia que alcanzan su firmeza han de ser acatadas y respetadas así como ejecutadas en su integridad, debiendo ser cumplido, además, su fallo en los propios términos de aquélla, pues todo lo contrario a tal premisa iría, no sólo contra los principios básicos de la democracia, sino, también, contra el derecho a la tutela judicial efectiva de quiénes, según la sentencia firme, hayan resultado perjudicados por los delitos cometidos por el condenado”*³¹¹.

En el art. 18.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder Judicial, se determina el efecto del indulto en las resoluciones judiciales firmes: con el ejercicio del *derecho de gracia* se dejan sin efecto las resoluciones judiciales y se impide la ejecución de la sentencia penal³¹².

³¹¹ Informe del Teniente Fiscal del Tribunal Supremo, Sr. Narváez Rodríguez, de 7 de febrero de 2014, en expediente de Indulto causa especial 3/20716/2009, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo

³¹² “1. Las resoluciones judiciales sólo podrán dejarse sin efecto en virtud de los recursos previstos en las leyes.

2. Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, declarada por el Gobierno, podrán expropiarse los derechos reconocidos frente a la Administración Pública en una sentencia firme, antes de su ejecución. En este caso, el Juez o Tribunal a quien corresponda la ejecución será el único competente para señalar por vía incidental la correspondiente indemnización.

3. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio del derecho de gracia, cuyo ejercicio, de acuerdo con la Constitución y las leyes, corresponde al Rey”

El *derecho de gracia*, por tanto, afecta a la ejecución de las sentencias firmes condenatorias, impidiendo la misma. Pero también, afecta a los efectos punibles que la norma penal prevé ante la comisión de un delito, pues ambos efectos resultan de la aplicación del indulto particular. Y la incidencia es predicable no sólo de los efectos del indulto –previsión que se encuentra en el art. 4 de la Ley de 1870 y 130.1 del Código Penal–, sino de la propia institución del *derecho de gracia* y su configuración.

La alteración de la previsión del ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a la ejecución, no se produce sólo con la determinación de los efectos del indulto respecto a la sentencia firme condenatoria. La afección es predicable de la misma institución de la *gracia*, pues su naturaleza jurídica tiene tal efecto como propio y es la característica determinante de su existencia.

El indulto, sin afección al derecho a la tutela judicial efectiva, no sería indulto. El indulto es perdón, y lo que se perdona es la pena prevista en la norma penal que ha sido impuesta tras un procedimiento judicial en sentencia firme condenatoria. El efecto, por tanto, es la inaplicación de la norma penal, en un elemento esencial de la misma –la pena–, y la inejecución de la sentencia, que forma parte del contenido esencial de la tutela judicial efectiva. Y en éste particular, el *derecho de gracia* se encuentra en el supuesto del art. 81.1 de la Constitución.

De esta forma, el ejercicio del *derecho de gracia*, respecto al derecho del art. 24.1 CE, es materia que exige ley orgánica para su regulación según el art. 81.1 CE en tanto afecta el núcleo esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

2.3.3.- Derecho de gracia y principio de legalidad penal art. 25.1 CE

De conformidad con lo expuesto, el *derecho de gracia* determina una limitación de la ley penal, por cuanto excluye los efectos previstos por la norma. El principio de legalidad penal se encuentra regulado en el art. 25.1 CE, como derecho fundamental: *"Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento"*.

La exigencia de ley en la que se regulen los elementos típicos del delito y su pena, y que la misma sea la vigente en el momento de comisión de los hechos delictivos, determina la irretroactividad de la norma penal. Y tal previsión también la contempla el art. 9.3 CE: *"La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos"* como la irretroactividad de la norma penal desfavorable, y la retroactividad de la norma penal más favorable³¹³.

La alteración de la norma penal mediante el ejercicio del *derecho de gracia*, sin embargo, no parece que se configure como una afección al derecho fundamental al principio de legalidad penal. Éste se determina

³¹³ Que el legislador recoge en el art. 2.2, Código Penal: *"2. No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario"*

como derecho fundamental en la medida que la exigencia de ley para la tipificación del delito, y su carácter previo a su comisión, son su núcleo esencial. Y la concesión del indulto, por sí misma, no altera la exigencia de ley previa y cierta en el ámbito penal, pues en nada modifica dicha exigencia el ejercicio del *derecho de gracia*.

El núcleo esencial de la garantía del derecho fundamental del art. 25.1 CE “*reside en impedir el efecto punitivo en cuanto a la sanción no prevista legalmente*” (STC 2/2003, de 16 de enero)³¹⁴. Un derecho fundamental, el de legalidad en materia penal y sancionadora, en el que se integran diferentes contenidos³¹⁵: la reserva de ley como exigencia formal y una triple exigencia material (*lex scripta, lex previa y lex certa*).

La influencia del *derecho de gracia* en el ámbito de la exigencia de *lex certa* –la cual es una manifestación del principio de seguridad jurídica y

³¹⁴ “Desde la perspectiva material del derecho fundamental garantizado en el art. 25.1 CE, el núcleo esencial de la garantía en él contenida reside, según la doctrina del Tribunal Constitucional, en impedir el exceso punitivo en cuanto sanción no prevista legalmente (...) desde la STC 2/1981, de 30 de enero, hemos reconocido que el principio non bis in idem integra el derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora (art. 25.1 CE) a pesar de su falta de mención expresa en dicho precepto constitucional, dada su conexión con las garantías de tipicidad y de legalidad de las infracciones. Así, hemos declarado que este principio veda la imposición de una dualidad de sanciones “en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento” (STC 2/1981, FJ 4; reiterado entre muchas en las SSTC 66/1986, de 26 de mayo, FJ 2; 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 234/1991, de 16 de diciembre, FJ 2; 270/1994, de 17 de octubre, FJ 5; y 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2)”

³¹⁵ STC 42/1987, de 7 de abril: “El art. 25.1 de la Constitución prescribe que «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones y omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento». El derecho fundamental así enunciado incorpora la regla “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía. La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término «*legislación vigente*» contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora” (Fundamento Jurídico 2º)

de certeza del ordenamiento del art. 9.3 CE, en el ámbito penal- no resulta especialmente compleja de advertir, si bien la misma afecta a la penalidad y, particularmente, a los efectos pretendidos por la norma en tanto se atribuye una pena concreta a un hecho típico. El principio de tipicidad -que el legislador recoge en los arts. 1.1 y 10 del Código Penal³¹⁶- se encontraría afectado por el ejercicio de la *gracia* del indulto, en cuanto a la pena aplicable -que igualmente se contempla en el art. 2.1 del Código Penal³¹⁷- en la medida que la taxatividad³¹⁸ de la norma penal pierde toda su virtualidad respecto a la sanción prevista.

Tal incidencia, no obstante, no se produce en la previsión normativa de la pena a imponer, sino en su efectivo cumplimiento, pues la norma penal pierde toda su virtualidad y deviene en ineficaz. En tal sentido, y con referencia al derecho fundamental del art. 25.1 CE el *derecho de gracia* no resulta materia reservada a ley orgánica del art. 81.1 CE, por cuanto

³¹⁶ Art. 1, Código Penal: “1. No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración”. Art. 10, Código Penal: “Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley”

³¹⁷ Art. 2, Código Penal: “1. No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad”

³¹⁸ Principio que determina la exigibilidad de la exacta concreción de los actos y omisiones punibles, y de la sanción que su omisión acarrea. STC 145/2013, de 11 de julio: “El derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) absorbe el derecho a la legalidad sancionadora administrativa y se articula a través de una doble garantía, material y formal. La primera es la exigencia de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes con la mayor precisión posible, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, de esta manera, las consecuencias de sus acciones (SSTC 242/2005, de 10 de octubre, FJ 2; 162/2008, de 15 de diciembre, FJ 1; 81/2009, de 23 de marzo, FJ 4; y 135/2010, de 2 de diciembre, FJ 4). Como señala la STC 104/2009, de 4 de mayo, FJ 2, “la garantía material implica que la norma punitiva permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa, lo que conlleva que no quepa constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador (...) el principio de taxatividad se dirige, por un lado “al legislador y al poder reglamentario”, exigiéndoles el “máximo esfuerzo posible” para garantizar la seguridad jurídica, lo que en modo alguno veda el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, “aunque su compatibilidad con el art. 25.1 CE se subordina a la posibilidad de que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia” (Fundamento Jurídico 4º)

no incide en elementos necesarios o aspectos esenciales de tal derecho ni le establece restricciones, y la afección a su ámbito es tangencial, por lo que no puede considerarse como elemento necesario para el desarrollo del derecho fundamental.

2.3.4.- Derecho de gracia y principio general de orientación de las penas del art. 25.2 CE

El apartado 2º del art. 25 CE, establece que: *“Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”*.

Del contenido del art. 25.2 CE se desprenden los principios generales de orientación de las penas y su finalidad. No resulta forzado establecer que el ejercicio del *derecho de gracia*, en cuanto éste determina el incumplimiento de las penas establecidas en sentencia, tiene incidencia directa en dicho precepto constitucional. La finalidad de las penas, en particular, *“orientadas hacia la reeducación y reinserción social”*, deja de cumplirse en tanto la pena no se ejecuta con la concesión del indulto.

Sin embargo, la lectura del art. 25.2 CE va a suponer, *contrario sensu*, una pauta para la interpretación constitucional del *derecho de gracia*, al conformarse como un criterio para su ejercicio. El sometimiento de los poderes públicos a la Constitución –art. 9.1 CE–, va a implicar que, con el acto de concesión de indulto, no deba alterarse la finalidad que el art. 25.2 proclama de la pena. Y por ello, no será dable conceder el indulto si el incumplimiento de la pena impidiese la reeducación y reinserción social del condenado. E igualmente, que el indulto podrá ser concedido si la finalidad de reeducación y reinserción social ya se han producido en el condenado, sin que a tal fin sea necesario que se cumpla la pena.

El Ejecutivo, como poder que tiene la disposición del objeto material del ejercicio del *derecho de gracia*, no puede alejarse de la finalidad de la pena que la Constitución establece en su art. 25.2 CE, aunque desde el propio tenor del precepto, la finalidad de la pena se establece como un objetivo a alcanzar o un criterio tendencial que debe inspirar –orientar– el cumplimiento de las penas. No conforman, como tales, un derecho fundamental a que tales principios generales de orientación de la pena alcancen dicha finalidad.

En el cumplimiento de la pena se exterioriza la posición de las dos partes directamente interesadas en el cumplimiento de la finalidad que para ésta prevé el art. 25.2: por una parte, el condenado, y por otra, la sociedad. El sentido de la pena para ambas, es el mismo: alcanzar la resocialización del individuo³¹⁹. Pero para el Tribunal Constitucional que

³¹⁹ Sentencia Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 20 de octubre de 1994: “*El delincuente no debe sujetarse a la justicia penal con fines de expiación o de coacción psicológica con efectos meramente preventivos, sino que se alzapriman y reclaman un primer puesto atencional otros fines de resocialización del individuo, exigentes de una integración racional de la pena y de la medida de seguridad. De ahí que el artículo 25.2 de la Constitución proclame que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social».* Todo cuanto contradiga y se enfrente con semejante

no se alcance tal reeducación y reinserción social con el cumplimiento, no determina la lesión de un derecho fundamental del condenado.

El contenido heterogéneo de la Sección Primera, Capítulo II, Título I, de la Constitución no va a determinar, sin más consideración, la necesaria calificación de todos sus preceptos como derechos fundamentales. La ubicación en tal Sección no es criterio exclusivo para tal calificación, puesto que *“El criterio formal de la ubicación sistemática del art. 25.2 en el Texto constitucional no es suficiente para considerar la reeducación y la reinserción social como derecho fundamental del condenado a través de la pena. Y es que hay que admitir que no todas las normas incluidas en la Sección primera del Capítulo segundo del Título primero son declarativas de derechos fundamentales”*³²⁰.

faro orientador, empañando o adulterando el fin último de la pena, comportará una tacha desde el punto de vista constitucional, tornando vulnerable el acuerdo judicial a la luz de los derechos fundamentales» (Fundamento Jurídico 5°)

³²⁰ *“En dicha sección hay derechos toda secuela de titularidades subjetivas. Pero también hay muchas otras cosas; existe una mezcla de elementos heterogéneos... reglas constitucionales, principios constitucionales o principios generales del Derecho, normas, ya sean de acción o de organización, criterios organizativos o principios de orden, garantías institucionales, garantías procesales. Elementos varios que, en definitiva, deben ser distinguidos de los derechos fundamentales”* Martín Retortillo, L., *“Régimen constitucional de los derechos fundamentales”*, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988, págs. 85 y 86. Cit. en Delgado del Rincón, E., *“El artículo 25.2 CE: algunas consideraciones interpretativas sobre la reeducación y la reinserción social como fin de las penas privativas de libertad”*, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. extraordinario, enero 2004, pág. 353

En el mismo sentido, el Auto T.C. 360/1990, de 5 de octubre: *“Hay que recordar a este respecto que según ha reiterado este Tribunal, las finalidades de reinserción y reeducación de la pena reconocidas por el art. 25.2 de la Constitución no son las únicas finalidades de éstas (STC 19/1988 fundamento jurídico 9.º y ATC 1112/1988); por otra parte, también se ha reiterado que en el citado art. 25.2 C.E. no se consagran derechos fundamentales protegibles en amparo por lo que a las citadas finalidades respecta, sino principios dirigidos a los poderes públicos a la hora de concretar la política penitenciaria en todas sus facetas (STC 2/1987 y AATC 15/1984, 739/1986 y 1112/1988). Dicho de otra forma, y en palabras de este propio Tribunal «lo que dispone el art. 25.2 es que en la dimensión penitenciaria de la pena se siga una orientación encaminada a la reeducación y reinserción social, mas no que a los responsables de un delito, al que se anuda una privación de libertad, se les condone la pena en función de la conducta observada durante el período de libertad provisional» (ATC 486/1985). La demanda, consciente de la anterior doctrina, intenta desvirtuarla para justificar su revisión. No obstante, sus argumentos no pueden ser acogidos. Por un lado, el hecho de que el contenido normal de los preceptos situados en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I sean derechos y libertades no quiere decir que todos y cada uno de sus*

Y, desde tal planteamiento, para el Tribunal Constitucional la previsión del art. 25.2 CE es un precepto con carácter normativo, orientador de la política penal y penitenciaria, pero no un derecho fundamental que se pueda invocar en sede constitucional mediante Recurso de Amparo y “no configura ni transforma tal admonición en un *"derecho subjetivo protegible en vía de amparo que condicione la punibilidad y la existencia misma de la pena a dicha orientación"*³²¹.

El mandato del art. 25.2 CE vincula a todos los poderes públicos y orienta la política penitenciaria del Estado³²². Y el poder Ejecutivo, en cuanto

extremos constituyan ese tipo de instituciones jurídicas; algunos principios se han insertado en ese apartado constitucional por distintas razones, entre otras, la simple conexión temática. Lo importante para determinar la naturaleza de un enunciado constitucional no es sólo su ubicación dentro de la Norma fundamental, sino otros datos, entre los que destaca la propia estructura normativa que en cada caso posea el enunciado. Por otro lado, el mandato garantista del art. 53.2 C.E. no desvirtúa lo dicho dado que, como él mismo reza, lo que ha de protegerse a través de procedimiento preferente y sumario, y del amparo, en su caso, son las «libertades y derechos», no cualquier enunciado encuadrado en los arts. 14 a 30 de la Constitución. Por último, la referencia al art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en nada desvirtúa la doctrina de este Tribunal ni en cuanto a la estructura del mandato constitucional ni, menos aún, en cuanto a los instrumentos de protección”

³²¹ STC 209/1993, de 28 de junio de 1993: “Se aduce también la transgresión de un tercer precepto constitucional, donde se fija una finalidad o función concreta a *"las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad"* que estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social" (art. 25.2), sin que en ningún lugar de ese párrafo se haga alusión alguna a las penas restrictivas o privativas de derechos. En realidad este planteamiento nos reconduce al meollo de la cuestión que no es sino el principio de igualdad ante la Ley, situándonos en su terreno. Por ello, su análisis desde una tal perspectiva se hará más adelante, en el momento adecuado. En este resulta suficiente recordar que -según hemos dicho en distintas ocasiones- la norma constitucional arriba invocada señala un norte para la política penitenciaria, en el marco normativo y en la fase de ejecución, cuyos destinatarios directos son los poderes públicos, Gobierno de la Nación y Cuerpos colegisladores o cualquier otra institución competente en la materia, no configura ni transforma tal admonición en un *"derecho subjetivo protegible en vía de amparo que condicione la punibilidad y la existencia misma de la pena a dicha orientación"* (STC 19/1988; AATC 15/1984, 486/1985 y 1112/1988). En definitiva, difícilmente puede hablarse de lesión de un derecho inexistente como es el caso” (Fundamento Jurídico 4º)

³²² STC 2/1987, de 21 de enero de 1987: “La segunda línea argumental se refiere a la exigencia constitucional de que en la dimensión penitenciaria de la pena privativa de libertad se siga una orientación encaminada a la reeducación y reinserción social. No debe desconocerse la importancia de este principio constitucional, que debe orientar toda la política penitenciaria del Estado, pero el art. 25.2 no confiere como tal un derecho amparable que condicione la posibilidad y la existencia misma de la pena a esa orientación (Auto 10 de julio de 1985), ni tampoco se ha tratado de demostrar en qué medida la corrección

sometido a la Constitución y a las leyes, no queda al margen de tal directriz de actuación, que, en el ejercicio del *derecho de gracia* cobra una especial virtualidad, en la medida que éste se proyecta sobre la fase de ejecución de la pena y no respecto a la fundamentación de la pena en sentencia, ámbito propio de la previsión del art. 25.2 CE.

Apuntábamos antes que la concesión del indulto, como acto emanado del Ejecutivo, debe someterse a la Constitución. Y, por ello, el precepto constitucional que determina el carácter finalista de la pena impuesta, y que por *mor* de la *gracia* deja de ejecutarse, es el art. 25.2 CE. Es por ello que tal precepto constitucional debe configurarse como presupuesto para el ejercicio de la *gracia* dentro de las pautas constitucionales, en tanto debería someterse ésta a los criterios orientadores del art. 25.2 a efecto de no conculcarlos.

El *derecho de gracia*, por ello, deberá estar orientado por los criterios de “*reeducción y reinserción social*” que inspiran las penas privativas de libertad: si el indulto evita el cumplimiento de la pena, la concesión del indulto deberá atender a la finalidad de la reeducación y reinserción social, bien como criterio para su concesión -si el condenado ya hubiese conseguido tales fines- bien para su denegación -si con la concesión del indulto se malograsen los citados fines-.

Y si con el ejercicio del *derecho de gracia* se diese cumplimiento a los principios finalistas del art. 25.2 CE, el indulto pasaría a tener un plus de legitimación constitucional, en tanto se cohonestarían las exigencias

impuesta al recurrente no podría en este caso contribuir en alguna medida a esa finalidad” (Fundamento Jurídico 2º)

de la finalidad de la pena con el perdón y se convertiría en instrumento adicional de la política penal y penitenciaria configurándose la *gracia* como un medio para el cumplimiento de los principios de reeducación e inserción social del condenado.

Si bien el art. 25.2 se refiere a las penas privativas de libertad y a las medidas de seguridad en el cumplimiento de las penas, los principios de “*reeducación y reinserción social*” son los inspiradores en todo el ámbito del cumplimiento de las condenas³²³. La pena de multa –de carácter pecuniario- tiene, también, un componente restrictivo de la libertad, pues así se prevé tal efecto en caso de impago³²⁴.

El indulto en consecuencia, no puede producir el efecto contrario al que se pretende con el cumplimiento de la pena privativa de libertad pues, si así fuese, se estaría vulnerando el interés público del Estado en la reinserción del condenado, infringiendo los principios constitucionales del art. 25.2 CE que obligan por su carácter normativo a todos los poderes

³²³ La doctrina penalista mantiene opiniones dispares. Así, según recoge Delgado del Rincón, L. “*M. Cobo del Rosal, I. Boix Reig y M. Quintanar Díez entienden que la norma constitucional no puede convertirse «en juicio constitucional de la teoría de la pena», sino que simplemente «fija un criterio por el que, en determinadas circunstancias, debe regirse la fase de ejecución de las penas». En consecuencia, si la reeducación y la reinserción social son criterios que han de tenerse en cuenta exclusivamente en la fase de ejecución de la pena, dichos criterios no podrán identificarse con la fundamentación de la pena. El fundamento de ésta y el criterio utilizado para su medición se hallan en la culpabilidad (9). En opinión de estos autores, el hecho de que el primer inciso del art. 25.2 CE se sitúe únicamente en el ámbito penitenciario, esto es, que afecte solamente a una de las instancias del sistema penal, la relativa a la ejecución de ciertas sanciones como son las penas y medidas privativas de libertad, hace que el destinatario de la norma constitucional sea exclusivamente la Administración penitenciaria*” Delgado del Rincón, L., “El artículo 25.2 CE: algunas consideraciones interpretativas sobre la reeducación y la reinserción social como fin de las penas privativas de libertad”, *ob. cit.*, pág. 345

³²⁴ El Código penal, en su art. 35, enumera como penas privativas de libertad: la prisión -de seis meses a veinte años -, el arresto de fin de semana -duración máxima de veinticuatro fines de semana que puede extenderse hasta doscientos veinticinco en sustitución de una multa, y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa -a razón de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias impagadas-.

públicos. Si el ejercicio del *derecho de gracia* impide la “*reeducción y reinserción social*”, su concesión sería contraria a la Constitución.

A tal conclusión se llega desde una interpretación finalista del art. 25.2 CE: si “*Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social*”, el perdón de dichas penas –su no cumplimiento– no podrá contradecir de plano tales principios orientadores. El no cumplimiento, por tanto, de la pena, no debe ser un impedimento para tales fines, por lo que sólo cabría un ejercicio del *derecho de gracia* conforme a la Constitución, cuando éste recaiga en persona que no requiera de tal reeducación o reinserción en la sociedad o bien si la pena perdonada no sirve de forma objetiva, en el caso concreto del beneficiado con el indulto, a tales fines.

Pero ello no implica, obviamente, que no pueda imponerse una pena a quien se encuentre socializado y no necesite reeducación³²⁵. El derecho del Estado a ejercer el *ius puniendi*, no puede quedar condicionado, de

³²⁵ “Según la opinión de J. Córdoba Roda, de la citada norma constitucional podría interpretarse, por un lado, que la reeducación y la reinserción social es «la única y exclusiva» función de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad, en cuyo caso y como consecuencia negativa, no podría imponerse la pena privativa de libertad en todos aquellos supuestos en los que, «habiendo cometido el sujeto un delito conminado con una pena privativa de libertad, no esté aquél necesitado de reeducación y reinserción social» Por otro lado, con dicho precepto se está dando entrada también «a un principio de humanización que proscribe la imposición de sanciones inútiles, cuando no claramente perjudiciales para el condenado», o «inspiradas en un simple fin de castigo» Este autor entiende, además, que en el art. 25.2 CE puede detectarse también una «proyección metapenitenciaria», una proyección que va más allá del estricto ámbito de la ejecución de la pena. De esta manera, la pena de prisión no agotaría su fundamento en la culpabilidad, aunque éste sea el sentido que se ha querido dar a la norma constitucional” Delgado del Rincón, E., “El artículo 25.2 CE: algunas consideraciones interpretativas sobre la reeducación y la reinserción social como fin de las penas privativas de libertad”, *ob. cit.*, págs. 345 y 346

Por su parte en la Sentencia Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 28 de diciembre 1998 se excluye *ex radice* tal planteamiento teórico “no puede acogerse la pretensión deducida en el recurso que pretende, en definitiva, la imposibilidad de imponer una pena a quien se encuentre socializado y no necesite de una acción reeducadora», pretensión que «no tiene amparo en el art. 25.2 de la Constitución”. Cit. en Delgado del Rincón, E., “El artículo 25.2 CE: algunas consideraciones interpretativas sobre la reeducación y la reinserción social como fin de las penas privativas de libertad”, *ob. cit.*, pág. 364

modo exclusivo, por las circunstancias personales del delincuente. Si así fuese, se estaría vaciando de contenido el sistema penal y la política penitenciaria del Estado, sumiéndola en un relativismo contrario a los principios constitucionales, en particular, el de seguridad jurídica.

Pero el ejercicio del *derecho de gracia*, en tanto es una excepción de los postulados constitucionales que conforman el sistema punitivo –no solo ellos, sino otros principios ya mencionados–, ya se sitúa en un plano de franca diferencia en cuanto a su naturaleza y efectos, que, en sí mismo, es excepción del *ius puniendi* estatal. Tal excepcionalidad, no obstante, no se puede abstraer del sometimiento de todos los poderes públicos a la Constitución por lo que, admitida la excepcionalidad solo en aquellos aspectos que resulta excepcional la *gracia* en el sistema constitucional, ésta no puede extenderse más allá de lo que la Constitución le admite.

Y, en consecuencia, el ejercicio del *derecho de gracia*, no podrá alterar el criterio orientador de la finalidad de la pena, en el caso concreto, por lo que no sería dable la concesión del indulto cuando éste perjudicase la socialización y reeducación del condenado –ex art. 25.2 CE–, y, por el contrario, la concesión del indulto deberá tener en cuenta los citados parámetros, como acto emanado del Ejecutivo y, por ello, vinculado por el contenido del precepto constitucional³²⁶.

³²⁶ El principio constitucional de la resocialización de la pena no solo tiene como destinatario al legislador y a las instituciones penitenciarias, pues éste vincula a todos los poderes públicos. El Tribunal Supremo, Sala Segunda, en Sentencia de 30 de diciembre de 1999, indica que “*La Constitución española en su art. 25 establece el principio de que las penas privativas de libertad deben estar orientadas a la rehabilitación social del que las sufre, y como la Constitución no distingue, esta finalidad esencial debe procurarse no sólo en el momento legislativo de fijar en la Ley la pena correspondiente a cada delito, o en el ejecutivo del cumplimiento de las penas entro del sistema penitenciario, sino también en el judicial, a la hora de señalar en la sentencia la pena correspondiente, o de determinar —en pleno uso de la jurisdicción— el límite punitivo que, por aplicación de las normas legales, impida una exacerbación deshumanizada cuando en un mismo sujeto se acumulan las consecuencias punitivas de más de una sentencia*”

Tal argumento, como se ha dicho, no puede ser utilizado a la inversa en términos de postular la innecesidad de cumplimiento de la pena si el condenado ya se encuentra socializado y no necesita de la reeducación que postula el art. 25.2 CE, por cuanto la imposición de la pena en el sistema penal no parte de la necesidad de reeducación y resocialización de todo condenado, sino de que el cumplimiento de tal pena tenga como finalidad alcanzar tales objetivos. Pero, y por otra parte, tal finalidad no es la única que prevé el ordenamiento para las penas³²⁷.

Cuestión diferente es que el indulto llegue a suponga un impedimento para alcanzar esos fines, si en el condenado se advierte una necesidad de reeducación que pudiera ser satisfecha con el cumplimiento de la pena. Pues no cabe olvidar que el textual del art. 25.2 CE es una norma creadora de un principio constitucional dirigido a los poderes públicos para la consecución de un fin de interés general, y a tal fin se deberá plegar la actuación del Ejecutivo en la concesión de la *gracia*.

Estos parámetros, sin embargo, no constan en la Ley de indulto de 1870 de forma expresa, circunstancia lógica por la fecha de aprobación de la mencionada ley preconstitucional. Pero tampoco han sido incorporados en la modificación de la Ley de indulto operada por Ley 1/1988, de 14 de enero, aunque no resultase exigencia constitucional su inclusión por el carácter de normativo del art. 25.2 CE y su posición jerárquica.

³²⁷ Sentencia Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 14 de septiembre de 2000 : *“la declaración contenida en el art. 25.2 de la Constitución —al establecer que las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social— no puede interpretarse en el sentido que tales fines reeducadores y resocializadores sean los únicos objetivos admisibles, la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad, por cuanto existen otras igualmente legítimas, tales como la prevención, tanto la general como la especial”*

No obstante, existen en la Ley de 1870 determinados preceptos que dejan entrever algún atisbo de la importancia que, ya para el legislador del S. XIX, tiene la situación personal del condenado para acceder a la petición, o para la denegación del indulto, y su traslación a la esfera del interés público, ya que su concesión requiere el “*estudio detenido de sus consecuencias bajo el aspecto de la justicia, de la equidad o de la conveniencia social*” según indica la Exposición de Motivos de la Ley de 1870. Ese esa conveniencia social la que permite advertir la dimensión de la *gracia* en la sociedad que deberá recibir al condenado indultado, entendido que éste deberá integrarse en ella sin que se produzca una hipótesis de riesgo o peligro con una nueva acción delictiva, o, lo que es equivalente, que tal individuo se encuentre reeducado y en condiciones de resocialización. La “conveniencia social” de la Exposición de Motivos se convierte, en la parte normativa de la ley, en “razones de utilidad pública”³²⁸, en su art. 11.

Sin embargo, la “conveniencia social” o la “utilidad pública” no siempre encierran el mismo significado ni tampoco éste es único, pues no queda circunscrito al único interés de la sociedad por evitar el riesgo de recibir en su seno a un delincuente que ha sido indultado, si éste no estuviese resocializado o reeducado. Ese es un fin de interés general, tanto desde la perspectiva de la sociedad como del propio individuo, pero no supone la única justificación de dicha conveniencia social: la estrategia política del Ejecutivo o criterios de oportunidad, son aptos para justificarla.

El art. 25 de la Ley de 1870, realiza una aproximación al concepto de justicia y conveniencia para la concesión del indulto, objetivizándolo con

³²⁸ Art. 11, Ley indulto 1870: “*El indulto total se otorgará a los penados tan sólo en el caso de existir a su favor razones de justicia, equidad o utilidad pública, a juicio del Tribunal sentenciador*”

determinados elementos que el tribunal sentenciador deberá tener en cuenta para su informe (edad, estado, méritos, reincidencia, tiempo de prisión preventiva, etc.) pero hace especial mención, como un criterio preferente, al arrepentimiento del condenado³²⁹.

El arrepentimiento podría asimilarse, con obvios matices, a la voluntad del condenado en su efectiva resocialización, por cuanto lleva parejo un propósito de enmienda sobre la actuación delictiva cometida que, en los tiempos del legislador del XIX, se acercaría a la finalidad de reeducación y reinserción social que postula el art. 25.1 CE, desde la perspectiva del sujeto. En tal sentido, también incide el art. 24 de la Ley de 1870, dotando de valor a la conducta del penado en el centro penitenciario en el cual cumple la condena³³⁰. Y el art. 14 de la Ley de 1870, que deja sin efecto la conmutación de la pena si el indultado incumple la nueva pena por su propia voluntad³³¹.

De lo expuesto se evidencia que, para el legislador de 1870, la actitud del condenado resulta determinante para la concesión del indulto. Una actitud que se valora *a posteriori* de la condena y que tiene como eje de

³²⁹ Art. 25, Ley indulto 1870: “El Tribunal sentenciador hará constar en su informe, siendo posible, la edad, estado y profesión del penado, su fortuna, si fuere conocida, sus méritos y antecedentes, si el penado fue con anterioridad procesado y condenado por otro delito, y si cumplió la pena impuesta o fue de ella indultado, por qué causa y en qué forma, las circunstancias agravantes o atenuantes que hubiesen concurrido en la ejecución del delito, el tiempo de prisión preventiva que 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”

³³⁰ Art. 24, Ley indulto 1870: “Este pedirá a su vez informe sobre la conducta del penado al Jefe del establecimiento en que aquél se halle cumpliendo la condena, o al Gobernador de la provincia de su residencia, si la pena no consistiese en la privación de la libertad, y oirá después al Fiscal y a la parte ofendida, si la hubiere”

³³¹ Art. 14 Ley indulto 1870: “La conmutación de la pena quedará sin efecto desde el día en que el indultado deje de cumplir por cualquier causa dependiente de su voluntad la pena a que por la conmutación hubiere quedado sometido”

valoración el arrepentimiento y la conducta del condenado después de la firmeza de la pena impuesta. Criterios que, obviamente, tienen un amplio ámbito de discrecionalidad en su apreciación, por la subjetividad que implica la efectiva apreciación de la voluntad del individuo en orden a tal arrepentimiento, o los criterios que deben llevar a concluir que una conducta es propicia a la concesión del indulto.

Igualmente la Ley de 1870 considera un óbice que excepciona la posible concesión de la *gracia* la reincidencia del condenado. Se trata de un criterio *ex ante* de la condena, respecto a los hechos que serían objeto del procedimiento penal que culmina en condena firme. El reincidente no es sólo el que ha reiterado la acción comisiva de determinados delitos de forma sucesiva sino que objetiviza la inexistencia de un arrepentimiento o enmienda por sus acciones y que, por ello, no resulta merecedor de la *gracia*³³².

Junto a tales motivos de exclusión del indulto, se encuentran otros que justifican la *gracia* para aliviar el rigor de la justicia³³³. La Ley de 1870, se refiere a ellos en términos de justicia y equidad, como el suavizar “la

³³² Exposición de Motivos, Ley indulto 1870: “(...) quedando de ella excluidos los que no hayan sido aún condenados por sentencia firme, por no ser conocida la pena de que convenga eximirles; los que se hallan en rebeldía, y los reincidentes en la misma clase de delito, a no concurrir circunstancias especiales; porque no son dignos de la gracia, que si se les otorgase produciría el funesto efecto de favorecer la impunidad y de alentar al delincuente en la senda del crimen”. En su consideración, el art. 2.3 de la Ley excluye al reincidente de la posibilidad de obtener el indulto: “Se exceptúan de lo establecido en el artículo anterior: 3º Los reincidentes en el mismo o en otro cualquier delito, por el cual hubiesen sido condenados por sentencia firme. Se exceptúa, sin embargo, el caso en que, a juicio del Tribunal sentenciador, hubiese razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública para otorgarles la gracia”

³³³ Exposición de Motivos, Ley indulto 1870: “A los indultos particulares se limita este proyecto. Y el Ministro, al redactarlo, ha procurado evitar, así los males consiguientes a la facilidad exagerada e irreflexiva en conceder las gracias de esta clase, como las consecuencias siempre lamentables de la inflexibilidad de la sentencia ejecutoria que por mil variadas causas conviene en ciertos y determinados casos suavizar, a fin de que la equidad, que se inspira en la prudencia, no choque nunca con el rigor característico de la justicia”

inflexibilidad de la sentencias... a fin de que la equidad no choque nunca con el rigor característico de la justicia". Cobran así virtualidad motivos de justicia y equidad, difícilmente coherentes con la objetividad y ausencia de arbitrariedad que debe inspirar la actuación de los poderes públicos, y que, por otra parte, no constan objetivizados en la Ley de 1870, por lo que son de libre apreciación por el poder competente para la concesión de la *gracia* del indulto.

Tal subjetividad, igualmente se traslada a la norma penal. En el Código Penal no se hace referencia ni directa ni indirecta a los principios que la Constitución prevé como finalidad de las penas. En el art. 4 del Código Penal se acude a la visión decimonónica del indulto como alivio para el condenado respecto a la inflexibilidad de la justicia: *"3. Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo"*.

Para el legislador, su propia norma penal puede resultar injusta, y por tal motivo considera al indulto como un elemento corrector, a fin de que con éste se moderen las injusticias que puede causar tanto el rigor en la aplicación de la pena, como la misma norma penal. Así, se admite que el rigor de la norma penal puede determinar la imposición de penas, en algunos casos, respecto a acciones que no deberían ser penadas, o cuya pena resulta excesiva.

El indulto se configura como una corrección de la norma penal y con tal previsión pone de manifiesto el legislador, con claridad, su visión crítica del sistema penal y la insuficiencia de la norma penal para alcanzar la justicia. Para el legislador, la norma penal, tanto respecto a la acción típica –*“resulte penada una acción u omisión que no debiera serlo”*- como respecto a la pena impuesta por comisión de la acción típica –*“cuando la pena sea notablemente excesiva”*- puede tipificar algunos hechos que no merecen ser punibles o bien establecer penas excesivas.

Tampoco queda sin crítica la aplicación rigurosa de la norma penal por parte del tribunal sentenciador. Sin embargo, no resulta posible que, a la luz de la Constitución, exista otra opción que la *“rigurosa aplicación”* respecto a la norma penal. Ello es así por cuanto el mandato del art. 9.1 de la Constitución *“Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”*, tiene, a su vez, un ámbito específico en el ejercicio de la función jurisdiccional de jueces y tribunales, previsto en el art. 117 *“La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”*, textual que se transcribe en el art. 1.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder Judicial.

No cabe más aplicación de la norma penal que la rigurosa, puesto que el principio de legalidad penal –art.25.1 CE- exige del cumplimiento del requisito de *“lex certa”* manifestación del principio de seguridad jurídica y de certeza del ordenamiento –art. 9.3 CE³³⁴-. El órgano jurisdiccional

³³⁴ *“La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”*

solo puede aplicar e interpretar la ley a la luz de la Constitución, según dispone el art. 5.1 de la LOPJ, y la disconformidad de ésta con el texto constitucional solo puede salvarse mediante el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad³³⁵.

No es posible por tanto una interpretación no rígida de la norma, salvo que se desprenda de las resoluciones del Tribunal Constitucional, y, por ello, no caben interpretaciones de la ley penal a favor del reo que tengan su único fundamento en las circunstancias personales de éste, fuera de las que la propia norma penal prevé -como circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, eximentes³³⁶ y atenuantes, la reparación del

³³⁵ Art. 5, LOPJ:

“1. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

2. Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, con arreglo a lo que establece su Ley Orgánica.

3. Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional”

³³⁶ Art. 20, Código Penal : *“Están exentos de responsabilidad criminal:*

1º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.

2º El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

3º El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.

4º El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.

Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.

daño causado en algunos tipos penales, etc.-. Teniendo en cuenta que las eximentes previstas en el Código Penal responden, precisamente, a la situación personal del delincuente en el momento de la comisión del delito, al igual que las atenuantes.

Todas las circunstancias *pro reo* están tasadas por la Constitución y por la ley penal, por lo que no cabe plantear una vía de aplicación *pro reo* “no rigurosa” de la ley penal, fundada en las circunstancias del procesado o en el resultado dañoso de la infracción cometida.

El mismo precepto, en su inciso final, pretende moderar la crítica del legislador a su propio sistema penal. La justicia o injusticia de la norma penal se hace depender del mal causado con la comisión del delito y de las circunstancias personales del reo. Considera de ello que la norma es más justa o menos justa (tanto en los elementos del tipo penal como en la pena a imponer) según las circunstancias de quien comete el delito. Es lo cierto que tal planteamiento no resulta irrazonable, advertido que la norma penal no puede colmar la totalidad de las circunstancias que en la comisión del delito pueden concurrir, y especialmente en la esfera del autor. Pero supone una total desconfianza del legislador respecto a la efectividad de los principios del art. 25.2 CE, como finalidad de la pena.

Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.

5º El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:

Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

6º El que obre impulsado por miedo insuperable.

7º El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

En los supuestos de los tres primeros números se aplicarán, en su caso, las medidas de seguridad previstas en este Código”

Así, el art. 4.3 del Código Penal parte de un concepto de la pena que la determina como esencialmente perversa para el condenado y por ello, es negativa para el delincuente cuyas circunstancias personales adviertan que será injusto su cumplimiento por ser excesivamente severo. Pero tal visión se enfrenta con los valores de reeducación y resocialización de la pena que proclama la Constitución puesto que la pena, aun siendo un castigo, es, en teoría, beneficiosa para el delincuente y para la sociedad.

No obstante, la importancia del art. 4.3 del Código Penal radica en que tal precepto ha concretado, por ley, la finalidad del indulto. En el art. 4.3 del Código Penal se establecen algunas pauta de interpretación del *derecho de gracia* del art. 62.i) CE. El concepto de *gracia* es el perdón, según la Ley de 1870, y la finalidad de la *gracia* es la corrección del rigor de la norma penal. El Código Penal explicita qué es la justicia y la equidad a las que se refiere la Ley de 1870 a efecto de que se conceda la *gracia*. Y para ello debe considerarse que la finalidad del indulto en el art. 4.3 del Código Penal es evitar que sea *“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”*.

La justicia y equidad que proclama la Ley de 1870 se traducen en el Código Penal en evitar que a un determinado reo se le imponga una pena por hechos que no deberían ser castigados, o que se castigan con rigor excesivo. Y lo excesivo se traslada a las circunstancias personales y al daño causado a efecto de determinar cuándo se puede reputar tales penas como excesivas para una persona y circunstancias concretas.

Esas circunstancias personales, según una lectura integradora de las normas que regulan la *gracia*, son las que se encuentran en el art. 25, Ley indulto 1870, cuya valoración encomienda en exclusiva al tribunal sentenciador, al igual que prevé el art. 4.3 Código Penal: edad, estado, profesión, fortuna, méritos, antecedentes penales (si ha delinquido con anterioridad y se le ha condenado por ello determinados extremos de tal condena, si la cumplió o fue indultado, causa y forma), circunstancias agravantes o atenuantes que hubiesen concurrido en la ejecución del delito, tiempo de prisión preventiva que hubiere cumplido, su conducta posterior a la ejecutoria. Y, especialmente, las pruebas o indicios de su arrepentimiento que se hubiesen observado, si hay parte ofendida, y si el indulto perjudica derecho de tercero *“concluyendo sobre la justicia o conveniencia y forma de la concesión de la gracia”*.

Se ha pretendido ver en el art. 4.4º del Código Penal³³⁷ un supuesto para la petición de indulto por dilaciones indebidas en el procedimiento. Pero lo bien cierto es que el textual de tal precepto no prevé dicha causa para la petición de indulto sino la suspensión de la ejecución de la pena para supuestos de indultos en tramitación cuando concurriesen, a juicio del juzgador, dilaciones indebidas del procedimiento. Así lo ha expresado el Tribunal Supremo en diferentes sentencias (por todas, la Sentencia de 15 febrero de 2005³³⁸). Tal cuestión ha sido resuelta por la reforma del

³³⁷ Art. 4, Código Penal: *“4. 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”*

³³⁸ *“...el texto de dicha disposición sólo contiene una autorización de suspensión de la ejecución de la pena para el caso de que se haya solicitado el indulto y el juez o tribunal hubiere apreciado dilaciones indebidas (...) no es la ejecución de la pena lo que puede determinar la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, sino la duración irrazonable de la situación procesal del acusado. La ejecución de la sentencia dictada en un proceso de duración irrazonable, en realidad, sólo agotaría la lesión jurídica, pero ésta ya tuvo lugar antes de la conclusión del proceso, precisamente cuando se produjo el retardo injustificado. El artículo 4º.4 código penal, por lo tanto, no contiene una norma que establezca la*

Código Penal operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que introduce, en el art. 21, una nueva circunstancia atenuante³³⁹, -6ª-, por dilaciones indebidas –que, hasta entonces, era aplicada como atenuante analógica-.

En conclusión, el Código Penal aboga por el criterio subjetivo de valorar las circunstancias personales del condenado y si se ha producido un exceso en la pena respecto a éste para la petición de indulto. Deja los factores de resocialización del delincuente –por ejemplo, la recuperación de los condenados a través de tratamiento- a las circunstancias de suspensión de ejecución de la pena; así, el juez o tribunal puede condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de una serie de obligaciones como la "*prohibición de acudir a determinados lugares*" (art. 83.1.1º), "*participar en programas formativos, culturales, de educación vial, sexual y otros similares*" (art. 83.1.4º), "*cumplir los demás deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona*" (art. 83.1.5º).

En la Ley de Enjuiciamiento Criminal³⁴⁰ no existe una definición sobre el contenido material del indulto. Las referencias que en la citada norma son las relativas a los efectos que produce la petición o la concesión del indulto en el procedimiento penal: artículo de previo pronunciamiento en

reparación judicial de la lesión jurídica, sino una simple autorización de suspensión de la ejecución de la sentencia. Ello es así porque ningún acusado tiene un derecho a ser indultado; el indulto no es ejercicio de una potestad jurídica, sino del derecho de gracia y como tal discrecional. El rechazo de una solicitud de indulto no puede ser recurrido ante ningún tribunal; ni siquiera existe un derecho a que se dicte una resolución favorable o no sobre una petición de indulto"

³³⁹ Art. 21, Código Penal: "*Son circunstancias atenuantes: 6ª. La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculcado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa*"

³⁴⁰ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

el art. 666.4º, su consecuencia en el juicio oral en el art. 675, y la petición razonada de indulto en sentencia cuando, a juicio de la Sala, existan méritos suficientes para ello en el art. 902, sin que se advierta referencia alguna a las causas que justifiquen la petición de indulto, a su concepto, a su contenido, ni a sus efectos³⁴¹.

Resulta significativo que la ley de procedimiento considere al indulto un artículo de previo pronunciamiento en la causa penal. La particularidad estriba en que el indulto, de conformidad con la Ley de 1870 solo puede concederse si existe condena firme³⁴². Y si existe sentencia firme sobre la misma causa que en la que se plantea el indulto como un artículo de previo pronunciamiento, es evidente que se trataría de la excepción de cosa juzgada³⁴³, y no propiamente indulto. Es decir, el indulto no puede

³⁴¹ Art. 666.4º, Ley Enjuiciamiento Criminal: *“Serán tan sólo objeto de artículos de previo pronunciamiento las cuestiones o excepciones siguientes: 4.º La de amnistía o indulto”*

Art. 675, Ley Enjuiciamiento Criminal: *“Cuando se declare haber lugar a cualquiera de las excepciones comprendidas en los números 2.º, 3.º y 4.º del artículo 666, se sobreseerá libremente, mandando que se ponga en libertad al procesado o procesados que no estén presos por otra causa”*

Art. 902, párrafo segundo, Ley Enjuiciamiento Criminal: *“Cuando la Sala crea indicado proponer el indulto, lo razonará debidamente en la sentencia”*

³⁴² Art. 2, Ley indulto 1870: *“Se exceptúan de lo establecido en el artículo anterior: 1.º Los procesados criminalmente que no hubieren sido aún condenados por sentencia firme”*

³⁴³ Respecto a la excepción de cosa juzgada, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 21 de marzo 1979, en cuanto a los requisitos para poder apreciarla exige: *“a) sentencia ó resolución anterior, firme y definitiva; b) que ésta haya sido dictada por Tribunal competente por razón de la materia; c) identidad subjetiva –“eadem personae”-, esto es, de sujeto o sujetos imputados pues lo acusadores son contingentes y su coincidencia b diferencia de identidad o número en ambos procesos no empece al principio “non bis in idem” que informa la cosa juzgada, bien entendido, por lo demás, que si no se ha producido el “litis consortio” de imputados o no abarca a la totalidad de las partes materiales acusadas, lo que no hayan sido imputados en el primer proceso, conforme al principio “res inter alios iudicata, aliis, ne nocét nec prodest solet”, pueden serlo en otro posterior fundado en los mismo hechos a menos que la pretensión punitiva se hubiera desestimado en el primero por una causa objetiva; d) identidad e objeto –“eadem res”- por ser los mismos los hechos ya enjuiciados y los queridos valorar en el nuevo proceso, debiéndose buscar aquellos en el fundamento fáctico de la sentencia y no en su fallo, siendo además de destacar, según subrayó la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 1892, que, cualquiera que sea la calificación jurídica, si el hecho es el mismo, se produce el efecto de cosa juzgada; y e) identidad de acción –“eadem causa petendi”-, entendida no en abstracto como “ius presecuendi” sino en concreto gracias a ser idénticas la razón de pedir en la resolución firmemente dada y la pretendida conseguir en orden al hecho enjuiciado de nuevo”*

ser un artículo de previo pronunciamiento en una causa penal, puesto que para que exista indulto debe haber recaído sentencia condenatoria y esta debe ser firme.

La aplicación del indulto al amparo del art. 666.4 LECrim., tiene como premisas una previa condena, que ésta haya sido indultada, y su alegación en un nuevo procedimiento con el mismo objeto. Y ello solo era posible con los indultos generales, que se podían conceder sin existencia de sentencia condenatoria, puesto que el indulto particular –excluido el general por la Constitución- exige de condena firme en sentencia.

Siguiendo a Medina Cepero³⁴⁴ la referencia al indulto en el Real Decreto de 1882 lo es en relación al indulto general. Los llamados “indultos a

³⁴⁴ *“La referencia que el n.º 4 del artículo 666 de la LECrim hace al indulto, como materia de un artículo de previo pronunciamiento, es una muestra más de que nuestra ley procesal responde a situaciones jurídicas hoy superadas en las leyes sustantivas. En efecto, la citada «excepción» de indulto se podría interponer en caso de que aún existieran los llamados indultos a prevención, que se aplicaban sobre condenas que aún no eran firmes. Estos indultos a prevención, introducidos por una práctica judicial no muy aconsejable, realmente generaban una gran cantidad de abusos, llegándose al extremo de pedirlos en la fase instructoria del proceso penal, sin esperar siquiera a que ésta hubiese concluido. Esto hacía pensar que la finalidad del indulto no era ya el reducir o hacer más justa una pena que pudiese entenderse desproporcionada a la hora de depurar responsabilidades en un proceso penal, sino que más bien parecía que el fin del indulto era el de sustraer al indultado a la misma justicia. El abuso de estos indultos a prevención fue ya corregido en nuestras leyes a mediados del siglo pasado. En concreto, el Real decreto de 7 de diciembre de 1866, posteriormente derogado por la Ley de indulto de 18 de junio de 1870, exponía con gran exactitud las dificultades judiciales que generaban estos evidentes abusos en la concesión del indulto. Este Real Decreto ya proscribía los indultos generales, como ya hemos señalado hace hoy nuestro ordenamiento legal, por considerarlos un medio, muy perjudicial para la justicia, con el que contaba el culpable de un delito para eludir, incluso de antemano, la duración real y justa de la condena a que debiera ser condenado por sentencia firme, lo que impedía, a juicio de Lorenzo Arrazola, autor de la Exposición de Motivos del citado Real Decreto, que ésta tuviese los efectos saludables que generaba en la persecución del delito y en la salvaguarda de los bienes jurídicos protegidos en beneficio del interés público. De hecho, ya un autor de los albores de nuestro siglo como AMAT I FURIÓ, ni siquiera considera la posibilidad de estos indultos generales y por ello señala que «el indulto consiste en la conmutación o remisión de la pena impuesta y por lo tanto, no es él, realmente el que constituye la excepción, sino la sentencia firme que declaró la pena. El reo en este caso no alegará precisamente haber sido indultado de la pena, sino estar ya juzgado por el delito». Por tanto, y como resulta lógico subraya que «la excepción más propia será en una palabra la de cosa juzgada». La Ley de indulto de 1870, aunque no habla de estos indultos generales, ni para autorizarlos ni para prohibirlos, extendió de hecho, a partir de su entrada en vigor, la práctica de*

prevención” y los indultos generales determinaron la expresa mención del indulto como un artículo de previo pronunciamiento en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero la prohibición constitucional respecto a los indultos generales del art. 62.i), ha determinado la pérdida de toda virtualidad del art. 666.4º respecto al indulto.

Por otra parte, la mención a la amnistía en el art. 666.4º LECrim., hace destacar que tal institución tiene en la norma de procedimiento explícito reconocimiento, y con ella, en nuestro ordenamiento jurídico –pese a las dudas que tradicionalmente ha planteado su inclusión o exclusión en el *derecho de gracia*, y que analizaremos de forma detallada-, y que, por tanto, es una manifestación reconocida del ejercicio de la *gracia* en una norma de rango legal.

Advertimos de la normativa penal analizada, que los principios que el art. 25.2 CE postula se sitúan en la fase de ejecución de la pena, y por ello la virtualidad de tales principios se traslada al ejercicio del *derecho de gracia* como institución penal *post sententiam*³⁴⁵. Sin embargo, que los efectos del indulto se produzcan tras la sentencia condenatoria, no

*concederlos por sucesos políticos de especial relieve. Estos indultos generales se aplicaron no sólo a aquellas penas impuestas por sentencia firme, sino a aquellas causas sobre las cuales ni siquiera había recaído sentencia por hallarse todavía en fase sumarial, ordenándose, en estos casos al Ministerio Fiscal que desistiese de sostener la acción penal sobre la que se funda el proceso penal. Es el sistema seguido durante el régimen franquista en el que se concedieron un elevado número de estos indultos generales, en virtud del artículo 30 de la Ley de Indulto de 1870. La Ley de indulto de 1870, aunque no habla de estos indultos generales, ni para autorizarlos ni para prohibirlos, extendió de hecho, a partir de su entrada en vigor, la práctica de concederlos por sucesos políticos de especial relieve. Estos indultos generales se aplicaron no sólo a aquellas penas impuestas por sentencia firme, sino a aquellas causas sobre las cuales ni siquiera había recaído sentencia por hallarse todavía en fase sumarial, ordenándose, en estos casos al Ministerio Fiscal que desistiese de sostener la acción penal sobre la que se funda el proceso penal. Es el sistema seguido durante el régimen franquista en el que se concedieron una elevado número de estos indultos generales, en virtud del artículo 30 de la Ley de Indulto de 1870” Medina Cepero, J.R., “indulto y amnistía”, *Los cinco artículos de previo pronunciamiento de la ley de enjuiciamiento criminal, un análisis crítico*, Capítulo IV, Ed. Revista General de Derecho, 2000, págs. 231 a 270*

³⁴⁵ Sentencia Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 11 de marzo de 1974

determina que los principios inspiradores del art. 25.2 CE solo operen en tal fase de ejecución –como pauta exclusivamente penitenciaria- sino que pueden ser tenidos en cuenta para que la ejecución de la pena no se llegue a producir, esto es, para que se conceda el indulto.

Así, el arrepentimiento que se menciona en la Ley de 1870, tiene una connotación directa en los principios de resocialización y reeducación y, además, no difiere tal apreciación al momento del cumplimiento de la condena, sino que se valora –al igual que las circunstancias personales que menciona el art. 4 del Código Penal- en el momento de informar o, en el caso de indulto a instancia del tribunal sentenciador, de solicitar el indulto.

Pero lo bien cierto es que es la legislación penitenciaria la que asume la aplicación de los principios del art. 25.2 CE y los relaciona directamente con el *derecho de gracia*. Se considera la “reeducación” en la fase de ejecución dentro del derecho penitenciario. La Ley General Penitenciaria de 1979³⁴⁶, en su art. 1, determina como finalidad primordial de las instituciones penitenciarias la reeducación y la reinserción social³⁴⁷. Y también prevé determinadas medidas para estimular la buena conducta de los internos –sistema de recompensas-³⁴⁸, con remisión al desarrollo reglamentario de tal previsión.

³⁴⁶ Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria

³⁴⁷ Art. 1, Ley General Penitenciaria: “*Las Instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados*”

³⁴⁸ Art. 46, Ley General Penitenciaria: “*Los actos que pongan de relieve buena conducta, espíritu de trabajo y sentido de responsabilidad en el comportamiento personal y en las actividades organizadas del establecimiento serán estimulados mediante un sistema de responsabilidad en el comportamiento personal y en las actividades organizadas del establecimiento serán estimulados mediante un sistema de recompensas reglamentariamente determinado*”

Es en el Reglamento Penitenciario³⁴⁹ donde se concretan tales medidas, y diferencia entre beneficios penitenciarios y recompensas. El Capítulo II del Título VIII del Reglamento, regula los beneficios penitenciarios, y el art. 202 los conceptúa por sus efectos³⁵⁰: reducción de la condena o del tiempo efectivo de internamiento. El mismo art. 202, prevé que los beneficios penitenciarios son de dos clases: la libertad condicional -que reduce el tiempo efectivo de internamiento-, y el indulto particular -que reduce la duración de la condena impuesta en sentencia firme-. El indulto particular como un beneficio penitenciario.

El Tribunal Constitucional en Sentencia 163/2002, de 16 de septiembre, dice: *“Del tenor literal de las disposiciones reglamentarias reproducidas - Reglamento penitenciario- se obtiene que el indulto particular se configura, por propia decisión de la norma que lo regula, como un beneficio penitenciario (art. 202.2 RP) y que, como consecuencia de ello, se vincula a la reeducación y reinserción social de los internos en cuanto fin principal de la pena privativa de libertad (art. 203 RP); de modo que se trata de una de las instituciones que tienden a hacer efectivo el principio recogido en el art. 25.2 CE”* (Fundamento Jurídico 2º).

La configuración del indulto como beneficio penitenciario, va a tener su referencia expresa en los principios del art. 25.2 CE, según dispone el art. 206³⁵¹ del Reglamento Penitenciario. En él, se prevé la participación

³⁴⁹ Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario

³⁵⁰ Art. 202, Reglamento Penitenciario:

1. *A los efectos de este Reglamento, se entenderá por beneficios penitenciarios aquellas medidas que permiten la reducción de la duración de la condena impuesta en sentencia firme o de la del tiempo efectivo de internamiento.*

2. *Constituyen, por tanto, beneficios penitenciarios el adelantamiento de la libertad condicional y el indulto particular”*

³⁵¹ Art. 206, Reglamento Penitenciario: *“Indulto particular*

en actividades de reeducación y reinserción social como requisito para la solicitud de tramitación de un indulto particular al juez de vigilancia penitenciaria –debe leerse como exposición sobre la conveniencia de la concesión del indulto, de conformidad con el art. 4.3 del Código Penal o bien la proposición de concesión del indulto, según el art. 4.3 de la Ley de 1870³⁵², pues en puridad, la tramitación del indulto no es competencia del juez de vigilancia penitenciaria, sino del Gobierno-.

En la Instrucción 17/2007 de 4 de diciembre de 2007³⁵³ de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior, sobre

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

a) Buena conducta.

b) Desempeño de una actividad laboral normal, bien en el Establecimiento o en el exterior, que se pueda considerar útil para su preparación para la vida en libertad.

c) Participación en las actividades de reeducación y reinserción social.

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

³⁵² Art. 20, Ley Indulto 1870: *“Puede también proponer el indulto el Tribunal sentenciador, o el Tribunal Supremo, o el Fiscal de cualquiera de ellos, con arreglo a lo que se dispone en el párrafo segundo del artículo 2º del Código Penal, y se disponga además en las leyes de procedimiento y casación criminal. La propuesta será reservada hasta que el Ministro de Justicia, con su vista, decrete la formación del oportuno expediente”*

³⁵³ La Exposición de Motivos de la citada Instrucción dice: *“El art. 25.2 de la Constitución Española contiene un claro mandato al legislador –debe entenderse que dirigido a los diferentes niveles de la potestad legislativa- para orientar la política penal y penitenciaria al fin de la reinserción social. Tal como recoge el art. 203 del Reglamento, los denominados beneficios penitenciarios “responden a las exigencias de la individualización de la pena en atención a la concurrencia de factores positivos en la evolución del interno, encaminados a conseguir su reeducación y reinserción social como fin principal de la pena privativa de libertad”. Por otra parte y desde la perspectiva de los internos, éstos tienen “derecho a los beneficios penitenciarios previstos en la legislación” como establece el art. 4.2 h), del mismo texto reglamentario. Es evidente que la solicitud al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de la tramitación de un indulto particular, regulada en el art. 206 del Reglamento, posee especificidad propia y diferencial frente a otros beneficios penitenciarios. Su concesión, cuando procede, supone no el acortamiento del periodo efectivo de cumplimiento sino la reducción de la propia pena. Su significación reside en el reconocimiento de un perdón en función del cambio obrado por la propia ejecución penal. Su valor como incentivo para la evolución positiva de los penados es innegable. Pese a ello y a que los requisitos para su concesión aparecen claramente establecidos en el indicado precepto reglamentario, resulta escasa la utilización quede este*

el “beneficio penitenciario de indulto particular”, se plasman cuáles son los principios que determinan la aplicación del *derecho de gracia* en la fase de cumplimiento de la pena, y se sitúan en el mandato del art. 25.2 CE. El indulto se pasa a configurar como un instrumento al servicio de la política penitenciaria, alentador de la actitud del interno durante el cumplimiento de la pena, ordenado a la reinserción del condenado en la sociedad, pero exige explícitamente una participación activa de éste en actividades de reeducación y reinserción social.

El *derecho de gracia* es así un instrumento de resocialización –cuestión ésta que resulta una obviedad, en cuanto su ejercicio determina que el condenado vuelve a ella-, pero se condiciona a la conducta exteriorizada por éste en la fase de cumplimiento, y, en particular, a la existencia de elementos de juicio suficientes sobre su reeducación y reinserción social mediante la evaluación y seguimiento de las actividades específicamente diseñadas a tal fin.

Para el legislador sectorial, solo cabe el indulto si el condenado está en condiciones de resocialización y reinserción ex art. 25.2 CE. Tal previsión en la legislación penitenciaria no puede quedar únicamente ceñida a la esfera del cumplimiento de la pena, sino que debe trasladarse también a todo el ejercicio del *derecho de gracia*, cualquiera que sea la situación del condenado –tanto si se solicita el indulto en la fase de cumplimiento la

instrumento de reinserción vienen efectuando las Juntas de Tratamiento, debido quizás a que su tramitación completa se contempla alejada del ámbito estrictamente penitenciario. Por ello, esta Administración ha llevado a cabo los oportunos contactos con el Departamento de Justicia, encaminados a facilitar la gestión de este procedimiento. Se ha acordado en consecuencia facilitar a las Juntas de Tratamiento unas instrucciones claras relativas a la aplicación de este beneficio específico, completando así el sistema establecido en la Instrucción 12/2006 de 28 de julio, sobre Programación, Evaluación e Incentivación de Actividades y Programas de Tratamiento. Al tiempo y para facilitar su gestión se ha implementado la correspondiente utilidad informática”

pena como si éste se solicita antes de que se inicie la ejecución-, para configurarse como presupuesto para el ejercicio de la *gracia* dentro de las pautas constitucionales, en tanto debe someterse ésta a los criterios orientadores del art. 25.2 a efecto de no conculcarlos.

Los criterios de “reeducación y reinserción social” deberán orientar el *derecho de gracia*, tanto para su concesión -si el condenado ya hubiese conseguido tales fines, tal y como lo prevé el Reglamento penitenciario-, como para su denegación -si el indulto malogra los citados fines-, pues el indulto no puede producir el efecto contrario al que se pretende con el cumplimiento de la pena privativa de libertad pues, de ser así, estaría vulnerando el interés público inherente a la reinserción del condenado, infringiendo los principios del art. 25.2 CE que obligan por su carácter normativo, a todos los poderes públicos. Y con ello se cohonestaría las exigencias de la finalidad de la pena con su perdón.

Pero retomando el planteamiento inicial sobre la afección del *derecho de gracia* en el art. 25.2 CE, y advertido que en el meritado precepto no se establece un derecho fundamental -conforme ya hemos expuesto-, no cabe sino concluir que, respecto a los principios que se establecen en el citado artículo, el *derecho de gracia* no exigirá ley orgánica para su regulación, de conformidad con lo establecido en el art. 81.1 CE.

2.3.5.- Consecuencia: necesidad de ley orgánica para regular el indulto

El análisis de los posibles derechos fundamentales afectados por el ejercicio del *derecho de gracia* permite concluir que la ley que regula el indulto se encuentra en el ámbito material de reserva de ley orgánica del art. 81.1 CE. Compartimos, en este particular, la opinión de Pérez Francesch³⁵⁴, sobre la necesidad de ley orgánica para la regulación del indulto, aunque discrepamos sobre cuál es la determinación concreta del derecho fundamental que se ve afectado por el ejercicio del *derecho de gracia*.

La discrepancia la planteamos no sobre la necesidad de ley orgánica, sino por el derecho fundamental que se debe considerar afectado en su desarrollo, que el citado autor lo sitúa en el derecho fundamental a la libertad deambulatoria del art. 17.1 CE. Como ya hemos expuesto, la concesión de un indulto, como ejercicio del *derecho de gracia*, permite mantener inalterado el contenido de tal derecho fundamental pues deja sin efecto sus restricciones. Es por ello el *derecho de gracia* inocuo para el ejercicio del derecho a la libertad personal, pues en nada afecta a su ámbito y fines, pues solo elimina límites al derecho fundamental que

³⁵⁴ Pérez Francesch, al analizar los límites del ejercicio del *derecho de gracia* considera: “a) Límites al Gobierno. El principal es la reserva de ley (art. 62.i CE), que como comentaremos debería ser ley orgánica, como mínimo en alguno de sus aspectos, con la consiguiente imposibilidad del Ejecutivo de regular la materia mediante Real Decreto-Ley o Decreto Legislativo”. Y en una propuesta *lege ferenda* del Indulto postula que “La nueva regulación legal debería ser, como mínimo, parcialmente orgánica en los aspectos que afecten a la regulación de los derechos fundamentales (art. 81 CE), en especial el de la libertad deambulatoria si aplicamos una doctrina no expansiva del alcance de la ley orgánica”, con cita a Cortés Bechiarelli, E., “Artículo 4”, en *Comentarios al Código Penal*, Edersa, 2000, tomo I, pág. 110, que considera que la ley del indulto debería ser una ley orgánica en su totalidad. Pérez Francesch, J.L. “El indulto como acto del gobierno: una perspectiva constitucional. (especial análisis del caso Liaño)”, *Revista de derecho político*, núm. 53, 2002, págs. 42.y 67

prevé la norma penal, pero sin alterar su contenido esencial. Y su denegación, en nada altera la previsión de la ley penal, por lo que será ésta la que cumpla con la exigencia de reserva material de ley orgánica.

De esta forma respecto al derecho del art. 17 CE, el *derecho de gracia* no es materia que exija ley orgánica para su regulación, según el art. 81.1 CE, pues si bien afecta “*al valor libertad en cuando modaliza la forma en que la ejecución de la restricción de la libertad se llevará a cabo*”³⁵⁵ sin embargo, no llega a alcanzar al desarrollo de tal derecho tal y como lo configura el art. 81.1 CE puesto que no afecta ni a su núcleo esencial, ni a la definición y ámbito de tal derecho fundamental.

En nuestra opinión, el *derecho de gracia* sí que incide en los derechos fundamentales y libertades públicas de la Sección I, Capítulo I, Título I, y, concretamente en el derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24.1 CE, puesto que supone la inexecución de la sentencia, que forma parte del contenido esencial de la tutela judicial efectiva. En éste particular, el *derecho de gracia* se encuentra en el supuesto del art. 81.1 de la Constitución. De esta forma, el ejercicio del *derecho de gracia*, respecto al derecho del art. 24.1 CE, es materia que exige ley orgánica para su regulación, según el art. 81.1 CE, en tanto afecta el núcleo esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

El problema que se plantea es que tal reserva de ley orgánica no es la que ha operado en la regulación de indulto, por cuanto la norma que lo regula es de 1870, y por tanto, preconstitucional. Pero, tampoco se ha respetado

³⁵⁵ STC 57/2007, de 12 de marzo, *ob. cit.*

dicha reserva de ley orgánica en la reforma de la Ley de 1870, por la Ley 1/1988, 14 enero, ya vigente la Constitución de 1978.

Respecto a la Ley de 1870 su existencia -previa a la Constitución- y el mantenimiento de su vigencia tras ésta, no es un criterio que determine su inconstitucionalidad, sólo por el hecho de no revestir la forma de ley orgánica. El Tribunal Constitucional, sobre esta cuestión, ha asentado su doctrina sobre el particular, en diferentes pronunciamientos (sirva, por todas, su Sentencia 11/1981, de 8 de abril³⁵⁶).

³⁵⁶ STC 11/1981, de 8 de abril: *“Sin embargo, frente a este argumento, que a primera vista parece poseer una contundente fuerza lógica, hay que señalar que no existe una auténtica contradicción entre el problema vigencia-derogación y el problema constitucionalidad-inconstitucionalidad. No es enteramente exacta la opinión de que el tema de la vigencia o derogación es previo al de la constitucionalidad porque respecto de normas derogadas no cabe ni siquiera plantearse el tema de su constitucionalidad. En puridad, ocurre más bien lo contrario. En la medida en que la derogación se produce por contradicción con la Constitución, la contradicción con la Constitución es una premisa de la derogación. Nosotros entendemos por inconstitucionalidad simplemente el juicio de contraste entre las dos normas, al que subsigue una consecuencia jurídica. Más inconstitucionalidad no es la consecuencia, sino, simplemente, la premisa de esa consecuencia. Por eso puede decirse que la inconstitucionalidad de las leyes anteriores conduce a consecuencias que pueden ser concurrentemente la derogación y la nulidad.*

Lo anterior no significa en modo alguno que el Tribunal pretenda asumir el monopolio para decidir la derogación del Derecho positivo anterior por la fuerza normativa de la Constitución en cuanto norma. Esta es una cuestión que obviamente pueden resolver por sí solos los jueces ordinarios. Mas es claro también que pueden someterla a este Tribunal por la vía de los arts. 35 y sigs. de la Ley Orgánica del mismo y si la cuestión le es propuesta al Tribunal, el Tribunal deberá resolverla, porque no deja de ser, bajo uno u otro prisma, una cuestión de inconstitucionalidad, ya que el art. 35 parte de la premisa de que la solución del problema se le presenta al juez como dudosa.

La diferencia que existe entre el pronunciamiento de este Tribunal y el que puedan adoptar sobre los temas de derogación los jueces ordinarios consiste obviamente en que, una vez que este Tribunal se ha pronunciado sobre el tema, todos los poderes del Estado deben acatamiento a su decisión, mientras que las resoluciones de los órganos jurisdiccionales surten solamente sus efectos en el caso concreto y entre las partes implicadas en tal caso concreto.

5. Un análisis riguroso del tema que le ha sido propuesto al Tribunal en este asunto -la constitucionalidad o inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley 17/77- exige plantearse, como cuestión previa a las que pueden denominarse sustantivas o de fondo, la relativa a si, después de la entrada en vigor de la Constitución, el derecho de huelga, que es un derecho consagrado por el art. 28, puede quedar regulado válidamente por medio de un Real Decreto-Ley o, lo que es lo mismo, si la disciplina normativa de ese derecho, en cuanto derecho constitucional, puede en un Real Decreto-Ley encontrar su cobijo y acomodo. Es lícito plantearse este problema, aunque no haya sido directamente suscitado por los recurrentes, dado que en el art. 28.2 de la Constitución existe una remisión a la ley («la ley que regule este derecho...») En la medida en que además el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas ha de hacerse, de acuerdo con el art. 81 de la Constitución, por ley orgánica, sería materia reservada a Ley

El Tribunal Constitucional considera que no se puede exigir la reserva de ley de manera retroactiva para anular disposiciones reguladoras de materias y de situaciones respecto de las cuales tal reserva no existía de acuerdo con el derecho anterior, especialmente cuando la fuente de derecho que se cuestiona se produjo respetando el sistema de creación jurídica vigente en el momento de su promulgación. Y lo cierto es que, en la fecha de creación de la Ley de indulto de 1870, no existía la categoría jurídica de “ley orgánica”, ni tampoco una reserva específica para la regulación de determinadas materias y ni una concreta garantía formal para su creación.

La ley de indulto de 1870 fue aprobada vigente la Constitución de 1869, bajo el gobierno provisional nacido en la Revolución de 1868. El art. 73 determinaba, como facultad del Rey: “6º. *Indultar a los delincuentes con arreglo a las leyes, salvo lo dispuesto relativamente a los Ministros*”. En el art. 74 se mencionaban las “leyes especiales” que autorizaban al Rey para determinados actos. De entre ellos figuraba, en su apartado 5º: “*conceder amnistías e indultos generales*”. La especialidad de la ley que citaba el art. 74 se refería así a un contenido material específico, para autorizar actos

Orgánica. Podría así pensarse que el Real Decreto-Ley no cumple la cláusula de reserva del art. 28 y menos todavía la del art. 81.

Frente a este argumento se ha alegado con acierto que no es posible exigir la reserva de ley de manera retroactiva para anular disposiciones reguladoras de materias y de situaciones respecto de las cuales tal reserva no existía de acuerdo con el Derecho anterior, especialmente cuando la fuente de Derecho que se cuestiona se produjo respetando el sistema de creación jurídica vigente en el momento de su promulgación. Lo anterior quiere decir que no existen motivos para considerar que el Real Decreto-Ley 17/77 sea inconstitucional por razones referentes a su forma de producción. No quiere, en cambio, decir que el Real Decreto-Ley pueda en lo sucesivo considerarse plenamente asimilado a una ley orgánica o investido del carácter de ley orgánica, ni tampoco que pueda cumplir el papel de la norma de integración a la que la Constitución se remite, pues ésta tendrá que ser siempre una Ley Orgánica y el legislador, para dar cima al desarrollo de la Constitución, habrá de confeccionar y elaborar esa Ley Orgánica.

Con las anteriores salvedades puede decirse que la regulación legal del derecho de huelga en nuestro país está contenida en el mencionado Real Decreto-Ley, en cuanto no sea contrario a la Constitución y en tanto no se dicte una nueva regulación por medio de Ley Orgánica“

concretos del Rey, pero no se apuntaba a una categoría formal de ley diferenciada.

El desarrollo normativo del indulto mediante ley, en la Constitución de 1869, no exigía de una ley especial, pero tampoco existía en dicho texto constitucional el rango específico de ley orgánica, el cual es ajeno a la tradición jurídica española. La categoría de leyes orgánicas se introduce en el constitucionalismo español con la Constitución de 1978, art. 81.

Pero ello no supone la convalidación absoluta de la norma a efecto de su integración en la categoría normativa que la Constitución ordena, ni que tal norma pueda considerarse el desarrollo requerido por la Constitución, pues para ello deberá existir tal ley orgánica. De esta forma, la Ley de indulto de 1870, si bien no incurre en un vicio de inconstitucionalidad por no revestir la forma de ley orgánica, no se puede asimilar a ella, ni puede ser investida de tal carácter, por lo que *“el legislador, para dar cima al desarrollo de la Constitución, habrá de confeccionar y elaborar esa Ley Orgánica”*³⁵⁷.

El fundamento para defender la validez de la norma preconstitucional, en cuanto su contenido no fuese inconstitucional, descansa en el propio carácter normativo de la Constitución, que desplaza a todas las normas que la contradigan por posición jerárquica superior en el ordenamiento, y en su disposición derogatoria que, en términos expresos, determinan dicha derogación. En consecuencia no cabría dudar de la conformidad con la Constitución de una norma que es previa a ésta, pues, caso de disconformidad, tal norma no existiría. Con la aprobación de la norma

³⁵⁷ STC 11/1981, de 8 de abril, *ob. cit.*

constitucional se produce la derogación automática de toda norma que le sea contradictoria.

Así, la inexigencia de reserva de ley orgánica, por tratarse de una norma anterior a la Constitución, no puede trasladarse a una inexigencia sobre las garantías materiales que contiene la Constitución, por lo que, en el caso de inadecuación material de la norma preconstitucional, ésta no desplegará efecto alguno, por su automática derogación, pues *“si bien no cabe exigir a las leyes anteriores a la Constitución el respeto a la garantía formal que encierra el art. 25.1 C.E., no ocurre otro tanto con la garantía de orden material también incluida en este precepto”*³⁵⁸. Y ello, obligará a determinar si la Ley de indulto de 1870 contiene algunos preceptos cuyo contenido material pudiese vulnerar la Constitución.

No obstante, deberá señalarse que la Ley de indulto de 1870, fue objeto de modificación mediante Ley 1/1988 de 14 enero. Y tal modificación no cumplió la garantía formal de ley orgánica que exige el art. 81.1 CE en relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del 24.1 CE. La ley modificativa no fue aprobada por el Pleno del Congreso, sino en comisión legislativa³⁵⁹ y no siguió los trámites del art. 81.2 CE, sino que se tramitó y aprobó como una ley ordinaria.

La problemática hay que plantearla así respecto a la ley ordinaria que, ya vigente la Constitución, modificó la Ley de indulto de 1870. Sobre la cuestión, la ya citada Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1994, de

³⁵⁸ STC 53/1994, de 24 de febrero : cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas 358/89 y 570/89, planteadas, respectivamente, por el Juzgado de Instrucción de Burgo de Osma y Audiencia Provincial de Huelva por inconstitucionalidad del art. 57, párrafo segundo, en relación con el art. 60 c) de la Ley de Pesca Fluvial de 20 de febrero de 1942

³⁵⁹ Art. 75.2, Constitución Española

24 febrero, apunta la trascendencia de las modificaciones operadas de aquellas leyes preconstitucionales, mediante unas leyes posteriores a la entrada en vigor de la Constitución, “*circunstancia que sí otorgaría relieve a tales relaciones en función de la garantía mencionada*”³⁶⁰.

Es por ello que, en la medida que la norma modificativa afecta a materia de ley orgánica, la ley que modifica la Ley de indulto de 1870, debería haber seguido los trámites del art. 81.2 CE, por afectar a la materia que, el apartado 1º del mismo precepto, reserva a ley orgánica. De ello no cabe sino extraer la inconstitucionalidad de la Ley 1/1988, 14 enero, por la que se modifica la Ley de 18 junio 1870, estableciendo reglas para el ejercicio de la *gracia* de indulto³⁶¹.

Así, la modificación de una norma que está afectada por la garantía de ley orgánica –aunque sea una norma preconstitucional y que por ello no le es exigible la concurrencia del rango de ley orgánica que establece para la materia el art. 81.1 CE- requiere de la norma de rango formal que constitucionalmente le corresponda y no puede gozar de la exención de la exigencia formal que se predica para la norma preconstitucional. En la génesis de la norma preconstitucional no opera la reserva de ley que exige

³⁶⁰ “De acuerdo con la doctrina precedentemente evocada, no cabe exigir a las leyes anteriores a la Constitución el respeto de la garantía formal que el art. 25.1 C.E. encierra, únicamente aplicable a las normas postconstitucionales. Por lo tanto, las relaciones entre Ley y Reglamento que la institución de las reservas legales configura no son aquí constitucionalmente relevantes, dadas las fechas de promulgación de la Ley de Pesca Fluvial y de la Disposición reglamentaria que la desarrolla, las cuales no han sufrido, además, modificaciones posteriores a la entrada en vigor de la Constitución, circunstancia que sí otorgaría relieve a tales relaciones en función de la garantía mencionada” (Fundamento Jurídico 3º)

³⁶¹ Art. 28.2, Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional: “Asimismo el Tribunal podrá declarar inconstitucionales por infracción del artículo 81 de la Constitución los preceptos de un Decreto-ley, Decreto legislativo, Ley que no haya sido aprobada con el carácter de orgánica o norma legislativa de una Comunidad Autónoma en el caso de que dichas disposiciones hubieran regulado materias reservadas a Ley Orgánica o impliquen modificación o derogación de una Ley aprobada con tal carácter cualquiera que sea su contenido”

la Constitución, con carácter retroactivo. Pero en las normas posteriores a la Constitución, tal reserva opera con una virtualidad absoluta, hasta determinar su inconstitucionalidad si se desconoce la reserva de ley orgánica³⁶².

La Ley 1/1988, 14 enero, que modifica la Ley de indulto de 1870, debió ajustarse al procedimiento de aprobación de las leyes orgánicas que se establece en el art. 81.2 CE – por mayoría absoluta del Congreso en una votación final sobre el conjunto del proyecto-. Y tal exigencia deviene, tanto por modificar una ley que materialmente está afectada por reserva de ley orgánica según el art. 81.1 CE –aunque formalmente no le sea exigible tal rango orgánico por ser preconstitucional-, como por tratar, en sí misma, la propia materia reservada a ley orgánica que afecta a la norma preconstitucional que modifica.

Pero igualmente con tal ley de modificación se incumplió la previsión de regularización constitucional de la ley preconstitucional, en lo referente a su forma de ley orgánica, que postula el Tribunal Constitucional en la ya citada Sentencia 11/1981, para que el legislador cumpla el mandato constitucional de elaborar la ley orgánica que la Constitución le exige respecto a materia reservada del art. 81.1 CE. Dicho en otros términos, la modificación de la Ley de indulto de 1870, debió utilizarse para crear la ley orgánica reguladora del indulto.

³⁶² STC 31/2010, de 28 de junio: “La ley orgánica es el tipo normativo “jerárquicamente inferior a la Constitución y superior a las normas infralegales dictadas en el ámbito de su competencia propia; y es condición de la invalidez causada desde la Constitución respecto de aquellas normas que, desconociendo la reserva de ley orgánica, infringen mediatamente la distribución competencial ordenada desde la norma jerárquicamente suprema” (Fundamento Jurídico 3º)

El examen de constitucionalidad de la Ley de indulto de 1870, requiere, por otra parte, valorar el cumplimiento de las garantías materiales que la Constitución determina para la exigencia de ley orgánica. La ley orgánica no responde sólo a una concepción formal respecto a la clase de ley que se exige para determinadas materias, sino se justifica en el valor de la materia que es objeto de la reserva, respecto al cual, exige el constituyente la mayoría absoluta del Parlamento, reforzando con ello la necesidad de sumar voluntades en sede parlamentaria, como respaldo a la importancia de la materia que se regula por ley orgánica.

La garantía material que la Constitución exige se centra en el desarrollo del derecho fundamental objeto de la ley orgánica. Y tal desarrollo, en coherencia con el art. 53.1 CE deberá respetar el contenido esencial del derecho³⁶³. No cabe que la ley orgánica que desarrolle un determinado derecho fundamental atente contra su contenido esencial³⁶⁴.

³⁶³ “Cuando se presenta ante el operador jurídico un problema relacionado con un derecho fundamental, la primera tarea que debe abordarse es la determinación del contenido esencial del derecho” Martínez-Pujalte, A. L., “Algunos principios básicos en la interpretación de los derechos fundamentales”, *Cuadernos constitucionales de la cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 32, Valencia, 2000, pág. 126

³⁶⁴ *Ob. cit.*, STC 11/1981, de 8 de abril: “Para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de «contenido esencial», que en el art. 53 de la Constitución se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos, sean o no constitucionales, cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. Muchas veces el nomen y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales. El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como

El contenido esencial de un derecho fundamental “*señala una frontera que el legislador no puede traspasar, delimita un terreno que la ley limitadora no puede invadir sin incurrir en inconstitucionalidad...es límite de los límites porque limita la posibilidad de limitar, porque señala un límite más allá del cual no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentales y de las libertades públicas*”³⁶⁵. El problema se encuentra en la concreta determinación de tal contenido esencial, pues la Constitución reconoce derecho fundamental “*mediante determinación abstracta y genérica del mismo que no indica ni las concretas facultades que comprende ni el concreto status jurídico del titular de la potestad de que trate (...) la regulación del ejercicio ha de partir de la determinación del contenido del derecho tal como resulta de la construcción dogmática del mismo en la interpretación de la definición abstracta*”³⁶⁶.

La determinación del contenido esencial del derecho fundamental a la ejecución de la sentencia, ínsito en el de la tutela judicial efectiva, no ha

núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección. Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por «contenido esencial» de un derecho subjetivo no son alternativos, ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho pueden ser conjuntamente utilizados para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse” (Fundamento Jurídico 8º)

³⁶⁵ Martín-Retortillo, L. y De Otto y Pardo, I., “Derechos fundamentales y Constitución”, *Cuadernos Cívitas*, Madrid, 1988, págs. 125 y ss. En similares términos, Martínez-Pujalte, A.L., considera que “*la garantía del contenido esencial es la expresión, pues, de un imperativo incondicionado dirigido a los poderes públicos, del que resultan para estos deberes positivos –hacer efectivos los derechos fundamentales- y negativos –no lesionar los derechos fundamentales-*” Martínez-Pujalte, A.L., “La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales”, *Cuadernos y debates*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pág. 48.

Sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales y su garantía *vid.* Martínez-Pujalte López, A.L. y De Domingo Pérez, T. “Los derechos fundamentales en el sistema constitucional”, Ed. Comares, 2011

³⁶⁶ Martín-Retortillo, L. y De Otto y Pardo, I., “Derechos fundamentales y Constitución”, *ob. cit.*

sido objeto de definición por parte del legislador ni tampoco se ha entrado a determinar por el Tribunal Constitucional³⁶⁷. No obstante, el propio *nomen* del derecho fundamental alcanza a establecer que la imposibilidad de ejecución de la sentencia, por decisión del Ejecutivo, es una afección directa al contenido esencial del derecho, y no solo es límite para su ejercicio: la efectividad de la ejecución de la sentencia deja de estar tutelada por el órgano judicial, sustrayendo de éste la efectividad del cumplimiento de sus propias resoluciones. El derecho fundamental pierde toda su peculiaridad, sus elementos reconocibles, pues queda vacío de su contenido³⁶⁸.

En tal sentido, la función del legislador estriba en garantizar el respeto del contenido esencial del derecho fundamental, porque *"la reserva de ley del artículo 53.1 CE impone al legislador una barrera infranqueable, que ha de ser siempre respetada como garantía esencial de nuestro Estado de Derecho (...) que asegura que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos depende exclusivamente de la voluntad de sus representantes"*³⁶⁹. Tal misión del legislador, con sede en el art. 53.1 CE, obliga a su vez a que la norma emanada no traspase la frontera que supone el contenido esencial del derecho fundamental, porque, de así ocurrir, la ley no superará el juicio de constitucionalidad que expresamente prevé el meritado precepto, con remisión al art. 161.1 CE.

³⁶⁷ Lorenzo Rodríguez-Armas, M., "El problema del contenido esencial de los derechos fundamentales en la doctrina española y su tratamiento en la jurisprudencia constitucional", *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 13, Universidad de La Laguna, 1996, pág. 43

³⁶⁸ Siguiendo la Sentencia STC 11/1981, de 8 de abril de 1981 (*ob. cit.*) el contenido esencial es *"aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad, o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga"*

³⁶⁹ SSTC 6/1981, de 6 de marzo y 37/1987, de 6 de marzo, entre otras

La Ley de indulto de 1870, contiene preceptos que afectan al contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, en su manifestación como derecho fundamental a la ejecución efectiva de las resoluciones judiciales, tutelada por el órgano jurisdiccional. Así, en el art. 4 de la Ley de 1870 se establecen cuáles son los efectos del indulto en la ejecución de la pena establecida en sentencia firme: “*la remisión de todas las penas a que hubiese sido condenado y que todavía no hubiese cumplido el delincuente... la remisión de alguna o algunas de las penas impuestas, o de parte de todas las en que hubiese incurrido y no hubiese cumplido todavía el delincuente... la conmutación de la pena o penas impuestas al delincuente en otras menos graves*”. Tal remisión, como ya se ha expuesto, determina la inejecución definitiva de la pena establecida en resolución judicial, y también la propia inejecución de la sentencia. La ley indulto no respeta el contenido esencial al desvirtuar el derecho fundamental a la ejecución y hacerlo ineficaz.

Sin embargo, si la Ley de indulto de 1870 traspasa los límites que son el contenido esencial del derecho fundamental, es porque la institución del indulto está configurada precisamente para tales efectos y fines. El *derecho de gracia* es, esencialmente, el incumplimiento de la pena que ha sido impuesta en sentencia firme. Y no cabe predicar la infracción del art. 53.1 CE por Ley del indulto, si la citada infracción deviene de la propia naturaleza del *derecho de gracia*. Dicho en otras palabras, el *derecho de gracia* es, en esencia, una disfunción constitucionalizada, por lo que la ley que lo regula desarrolla normativamente tal disfunción.

El ejercicio del *derecho de gracia* supone un cúmulo de alteraciones del esquema constitucional: la alteración de la reserva funcional que el constituyente determinó de forma expresa para el poder Judicial (juzgar

y hacer ejecutar lo juzgado); su trascendencia constitucional sobre el contenido obligacional ex art. 118 CE; la afección al contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE; la sustracción al concepto finalista de la pena impuesta del art. 25.2 CE; la incidencia en los principios contenidos del Título Preliminar de la Constitución -imperio de la ley, art. 1 CE, principio de legalidad del art. 9.3, y su configuración penal del art. 25.1, principio de seguridad jurídica-. En definitiva, la afección a elementos esenciales del Estado de Derecho.

Y tales disfunciones sólo pueden ser legitimadas por el constituyente, pues sólo éste puede excepcionarlas. El *derecho de gracia* es admisible por su constitucionalización en el art. 62.i) CE. La Ley de indulto no es materialmente inconstitucional por cuanto, aunque atenta a principios constitucionales, es la misma Constitución la que habilita la disfunción constitucional que determina el *derecho de gracia*. La disfunción es, en consecuencia, consustancial al *derecho de gracia*. Por ello, la Ley de indulto puede afectar al contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sin incurrir en inconstitucionalidad en sus contenidos materiales. Sí, en cambio, y como se ha expuesto, en cuanto a la garantía formal del art. 81.1 CE -reserva de ley orgánica-.

Y el vicio de inconstitucionalidad en el que incurre la Ley 1/1988, de 14 de enero, que modifica la Ley de indulto de 1870 -por cuanto no respeta la reserva material de ley orgánica del art. 81.1 CE y, por tanto, por no ajustarse al procedimiento de aprobación de las leyes orgánicas que se establece en el art. 81.2 CE-, no puede considerarse suplido a través de los arts. 4.3 y 130.4 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Por una parte, porque el art. 4.3 del Código Penal no es la norma de remisión que prevé el art. 62.i) CE para la regulación del *derecho de gracia* puesto que en tal precepto no establece tal regulación, sino una forma de inicio a instancia del tribunal sentenciador, del procedimiento para la tramitación del indulto, el cual se somete a lo preceptuado en la Ley de indulto de 1870. La mención del indulto en el art. 4.3 del Código Penal³⁷⁰ no sustituye a su ley reguladora.

Por otra parte el art. 130.3 del Código Penal, al establecer los efectos del indulto, determinando la extinción de la responsabilidad criminal³⁷¹, no hace sino reiterar el contenido del art. 4 de la Ley de 1870. Así, los efectos del indulto quedan materialmente establecidos en la Ley de 1870 aunque sean reiterados en el Código Penal. La Ley de indulto no es una norma de desarrollo del Código Penal –que permita tener a éste como la ley orgánica habilitante, en cuanto a los efectos del indulto-, sino que es una ley que tiene sustantividad propia y contenido constitucionalmente determinado –regular el ejercicio del *derecho de gracia* -.

No es posible, por tanto, que con la cita expresa del indulto en el Código Penal se tenga por cumplida la reserva de ley orgánica del art. 81.1 CE respecto a la incidencia del indulto en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Por lo que contemplar el indulto como causa de extinción de responsabilidad criminal en el Código Penal, no subsanaría la necesaria reserva de ley orgánica que exige la regulación del indulto por afectar al derecho a la tutela judicial efectiva.

³⁷⁰ Art. 4.3, Código Penal: “Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo”

³⁷¹ Art. 4.1.4º, Código Penal: “1. La responsabilidad criminal se extingue: 4.º Por el indulto”

Igualmente, la mención que el art. 18.3 de la LOPJ³⁷² realiza sobre el *derecho de gracia* y su carácter excepcional respecto al principio de ejecutividad de las sentencias no suple la necesidad de ley orgánica que requiere la norma reguladora del ejercicio del *derecho de gracia*. Así, si bien la excepción a tal ejecutividad está expresamente reconocida en el citado precepto de la LOPJ, cumpliendo en dicha norma la garantía de reserva de materia orgánica del art. 81.1 CE –en cuanto excepciona el derecho a la tutela judicial efectiva–, tal adecuación no es extensiva a una ley diferente –reguladora del *derecho de gracia* –, cuyo contenido debe ser, precisamente, por mandato del constituyente, la regulación de tal excepción y la definición de sus contenidos esenciales.

La Ley 1/1988, en cuanto modifica una ley materialmente afectada por reserva de ley orgánica del art. 81.1 CE –aunque formalmente, no le sea exigible tal rango orgánico por ser preconstitucional–, debe cumplir con lo preceptuado en el art. 81.2 CE, donde se prevé que la modificación de leyes orgánicas “... exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto”. Aunque formalmente la Ley de 1870 no sea una ley orgánica, materialmente sí que lo es, por lo que su ley modificativa debió adecuarse a los requisitos de las leyes orgánicas 81.2 CE.

³⁷² Art. 18, LOPJ: “1. Las resoluciones judiciales sólo podrán dejarse sin efecto en virtud de los recursos previstos en las leyes.

2. Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, declarada por el Gobierno, podrán expropiarse los derechos reconocidos frente a la Administración Pública en una sentencia firme, antes de su ejecución. En este caso, el Juez o Tribunal a quien corresponda la ejecución será el único competente para señalar por vía incidental la correspondiente indemnización.

3. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio del derecho de gracia, cuyo ejercicio, de acuerdo con la Constitución y las leyes, corresponde al Rey”

2.3.6.- Incidencia del derecho de gracia en la ley penal

Abundando en la necesidad de ley orgánica, la afección del *derecho de gracia* a la ley penal tiene que llevar a la conclusión de que el carácter modificativo de la previsión de la norma penal que determina el indulto, supone su inaplicación respecto a un elemento determinante de ésta, la pena. Y tal incidencia tiene su traslación a la exigencia de ley orgánica para la regulación del indulto pues, siendo tal categoría normativa la propia de la norma penal, resultará igualmente exigible para aquellas normas que, como la reguladora del indulto, van a modificar elementos esenciales de la ley penal, de conformidad con lo dispuesto en el art. 81, apartado 2º, de la Constitución.

El indulto es perdón. Lo que se perdona es la pena prevista en la norma penal que ha sido impuesta tras un procedimiento judicial en sentencia firme condenatoria. El efecto, por tanto, es la inaplicación de la norma penal, en un elemento esencial de la misma –la pena-. El *derecho de gracia*, en cuanto afecta a la eficacia de la norma penal, al excepcionar sus efectos, requerirá de los mismos presupuestos que exige la génesis, modificación y derogación que la ley penal. Y existiendo reserva de ley orgánica en materia penal, pues la norma penal afecta al desarrollo de los derechos fundamentales –especialmente su restricción- tal exigencia debe trasladarse a la norma que la excepciona.

La garantía material de la norma penal está vinculada directamente con los principios de legalidad, tipicidad, libertad y seguridad jurídica, de tal forma que debe responder a las exigencias de *lex scripta*, *lex praevia*, *lex stricta* y *lex certa*. Esta última exigencia se manifiesta especialmente en

relación con los elementos esenciales del tipo penal –la conducta que conforma el tipo y la sanción que corresponde por su comisión-, que se deben presentar como taxativos en su descripción para garantizar con ello el principio de seguridad jurídica. La necesaria certeza en cuanto a la definición de las conductas punibles y a la pena aplicable resulta así ser condición indispensable para la finalidad de la norma penal en el Estado de Derecho³⁷³. El ejercicio del *derecho de gracia*, en cuanto va a impedir el cumplimiento de la previsión punible de la norma penal, siendo tal previsión elemento esencial de ésta, tiene como efecto jurídico la alteración del tipo penal, en cuanto a la sanción aplicable.

Es por ello que el indulto vulnera la taxatividad de la tipificación de las infracciones y sanciones, incidiendo en uno de los elementos esenciales de la norma penal, cuál es la pena aplicable a la conducta típica, pues vacía de contenido material la previsión normativa expresa sobre cuál es la sanción correspondiente a una determinada conducta³⁷⁴. Afección que se sitúa no sólo en el ámbito de los principios, sino que determina una

³⁷³ STC 53/1994, de 24 de febrero: “En la garantía material de la Ley penal, en efecto, existe una estrecha asociación entre los principio de legalidad y tipicidad de la Ley penal y los de libertad y seguridad jurídica (arts. 17.1 y 9.3 C.E.), principios estos que son esenciales al Estado de Derecho (STC 219/1989), pues si las normas sancionadoras han de ser no sólo *lex scripta* y *lex praevia* sino también *lex stricta* y *lex certa*, según ha establecido una reiterada doctrina de este Tribunal (SSTC 133/1987, 127/1990, 89/1993 y 111/1993, entre otras), esta última exigencia, que deriva del art. 25.1 C.E., impone al legislador “el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos” (STC 62/1982, fundamento jurídico 7º). Mandato de taxatividad en la descripción de los tipos penales que obliga al legislador a llevar a cabo “una descripción de las conductas, acciones u omisiones constitutiva de delito, que cumpla las exigencias del principio de seguridad jurídica” (STC 133/1987, fundamento jurídico 4º), y, de este modo, permita predecir, con un grado suficiente de certeza, “las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa” (STC 116/1993, fundamento jurídico 3º, con cita de las SSTC 42/1987, 219/1989 y 93/1992)”

³⁷⁴ STC 145/2013, de 11 de julio: “el principio de legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) exige taxatividad en la tipificación de las infracciones y sanciones administrativas (garantía material). Comoquiera que las normas con rango de ley pueden limitarse a establecer los “elementos esenciales” de la conducta antijurídica (garantía formal), es claro que en muchos casos corresponderá al reglamento asegurar el cumplimiento de la exigencia constitucional de predeterminación normativa (STC 181/2008, de 22 de diciembre, FJ 5)”

modificación de la norma penal en relación con la pena, haciéndola ineficaz e inaplicable en determinados supuestos que van a excepcionar la previsión de la ley penal y su virtualidad.

Tal afección debe seguir los requisitos formales que el art. 81.2 CE exige para *“La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas”*, tanto porque la ley penal requiere de ley orgánica como reserva material como por ser las normas que se excepcionan con el indulto preceptos contenidos en una ley orgánica. La determinación del constituyente en el tal precepto tiene su correlativo en la sanción de inconstitucionalidad que establece el art. 28.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

El citado art. 28.2, prevé la declaración de inconstitucionalidad *“por infracción del artículo 81 de la Constitución los preceptos de un Decreto-ley, Decreto legislativo, Ley que no haya sido aprobada con el carácter de orgánica o norma legislativa de una Comunidad Autónoma en el caso de que dichas disposiciones hubieran regulado materias reservadas a Ley Orgánica o impliquen modificación o derogación de una Ley aprobada con tal carácter cualquiera que sea su contenido”*. De conformidad con dicho precepto, la modificación o derogación mediante una norma no orgánica de las leyes orgánicas, conlleva la inconstitucionalidad de tal norma³⁷⁵.

³⁷⁵ *“La específica previsión del artículo 28.2 LOTC, que establece la declaración de inconstitucionalidad para aquellas leyes que, sin ser orgánicas, invadan la competencia de estas; tal invasión puede acontecer normando ex novo un determinado aspecto o bien derogando o modificando por una ley ordinaria una ley orgánica. De este modo, aun reconociendo lo complejo que puede llegar a ser en algunos casos deslindar en una ley orgánica los aspectos que deben ope constitutione detentar tal carácter y los que, en razón de la conexión, quedan convenientemente regulados con una ley ordinaria, esta nueva apertura de inconstitucionalidad no deja de ofrecer una salvaguarda más en materia de protección de derechos y libertades públicas”* Queralt Jiménez, J.J., *“Código Penal y Ley Orgánica”*, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 45, mes 1, 1992, págs. 49-84

El ejercicio del *derecho de gracia* supone la excepción particular, en un supuesto concreto, de la aplicación de la norma penal. Sin embargo, la ley que regula el *derecho de gracia* determina una norma general en la que se habilita la excepción de la ley penal. Y si bien el cumplimiento de lo establecido en la ley reguladora del indulto supone excepcionar a la ley penal en el caso particular -siendo la concesión del indulto supuesto concreto para un individuo y situación concreta en el que se impide el cumplimiento de la previsión punible de la norma penal-, las normas generales contenidas en la ley que regula el ejercicio del indulto son la determinación normativa expresa de las excepciones a la ley penal.

Y la excepción en norma de rango de ley, deberá compartir la naturaleza de la norma que excepciona. Así, Linde Paniagua al referirse a otra de las instituciones de la *gracia* –la amnistía- indica que “*Si consideramos, como antes decíamos, que la técnica legislativa que debe utilizar la amnistía está vinculada y determinada por la norma jurídica a la que afecta, en el ámbito estrictamente penal (Código Penal y otras leyes penales especiales) las amnistías deberán otorgarse mediante Ley Orgánica y en el ámbito sancionador de la Administración, esto es, en el conjunto del ordenamiento sancionador administrativo podrán concederse amnistías mediante Ley ordinaria (de las Cortes Generales o de los Parlamentos autonómicos) y por Decreto-ley*”³⁷⁶.

Aun asumiendo la diferencia lógica entre las dos instituciones (indulto y amnistía), si se admite que con el indulto se excepcionan los elementos esenciales de la ley penal en el caso concreto, y con la ley que regula el indulto se establecen las disposiciones generales para que opere tal

³⁷⁶ Linde Paniagua, E., “la clemencia (amnistía e indulto) a la luz de la jurisprudencia de los tribunales supremo y constitucional y del código penal de 1995”, *ob. cit.*, págs. 1420 y 1421

excepción a la ley penal, habrá que concluir que la norma que regula la afección a la norma penal deberá tener igual naturaleza y rango que la norma afectada, esto es, ley orgánica.

Tal posición no es compartida por algunos autores. En particular, Pérez Francesch considera que el indulto *“Tampoco se cuestiona la aplicación general de la ley penal aprobada por el Poder Legislativo, sino que se excepciona solamente ante un caso particular y particularizado. La propia naturaleza del indulto confirma su respeto hacia las decisiones de las otras instituciones del Estado, puesto que el indulto no es un acto jurisdiccional, sino un acto del Gobierno que deja sin efecto la pena de un delito, incidiendo en el cumplimiento de la decisión judicial inicial, no en la función jurisdiccional”*³⁷⁷. Tal planteamiento advierte que el indulto no afectaría a la norma penal, por cuanto su carácter excepcional no llega a determinarse como norma general de afección a la ley penal. Sitúa así al *derecho de gracia* como injerencia en la esfera de las funciones del poder Judicial, pero no del Legislativo.

Sin embargo el carácter excepcional que deberá regir su concesión –que debe situarse en la esfera del acto aplicativo de la *gracia* - no obsta a la consideración del indulto como una excepción de la ley penal ni a que el *derecho de gracia* suponga una afección real al principio de legalidad y a la previsión punible que establece la ley penal para cada conducta tipificada como delito³⁷⁸. En tal sentido, la norma penal –que determina

³⁷⁷ Pérez Francesch, J.L., “El indulto como acto del gobierno: una perspectiva constitucional (especial análisis del caso Liaño)”, *ob. cit.*, pág. 43

³⁷⁸ STC 159/1987, de 26 de octubre: “Comenzaremos, pues, por determinar si es efectivamente reconocible en la Sentencia impugnada una quiebra del principio de cosa juzgada que haya deparado la lesión del derecho que se enuncia en el art. 24.1 de la Constitución (...) No es dudoso que este derecho constitucional garantiza, en una de sus diversas proyecciones, el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la eficacia propia que el ordenamiento les reconoce, pues, si así no fuera, el derecho mismo a la jurisdicción,

la conducta y la pena- se ve alterada en sus previsiones esenciales por la norma que regula el ejercicio del *derecho de gracia* –pues destipifica la pena para supuestos concretos-.

El *derecho de gracia*, en su configuración legal por Ley de indulto de 1870, sí que despliega efectos excluyentes para el cumplimiento de las penas excepcionando a la norma penal, al impedir la eficacia de las penas previstas en ésta. De la reserva de ley que determina el art. 25 respecto a la norma penal, cabe extraer que el *derecho de gracia* tiene una incidencia efectiva en los principios constitucionales de imperio de la ley, de seguridad jurídica y certeza del ordenamiento.

Tal reserva, si bien no supone una prohibición absoluta para que pueda excepcionarse el cumplimiento de las penas mediante el ejercicio del *derecho de gracia* –pues no puede entenderse a *sensu contrario* que el art. 25 CE exija que toda condena deba ser cumplida-, sí que determinará la categoría normativa de la ley que debe regular el *derecho de gracia*³⁷⁹. La

en todo su complejo contenido, quedaría, sin más, privado de sentido. Manifestaciones de esta exigencia constitucional son, de acuerdo con una constante doctrina de este Tribunal, el derecho a que las resoluciones judiciales se ejecuten en sus propios términos (por todas, STC 67/1984, de 7 de junio, fundamento jurídico 2.º) y también, en lo que aquí más importa, el respeto a la firmeza de esas mismas resoluciones y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas, pues también si la cosa juzgada («material», según la más arraigada expresión doctrinal) fuese desconocida vendría a privarse de eficacia a lo que se decidió con firmeza al cabo del proceso (ATC 703/1986, de 17 de septiembre)” (Fundamento Jurídico 2º)

³⁷⁹ STC 140/1986, de 11 de noviembre: “El que se requiera que la norma penal se contenga en una Ley Orgánica, que exige un procedimiento específico de elaboración y aprobación, añade una garantía frente al mismo legislador a las demás constitucionalmente previstas para proteger el derecho a la libertad. No puede hablarse por ello de un «derecho al rango» de Ley Orgánica, como contenido en el art. 17.1, sino más bien de que el derecho en ese artículo reconocido a la libertad y seguridad, incluye todas sus garantías previstas en diversos preceptos constitucionales (el mismo art. 17, los arts. 25.1, 53.1 y 2, y 81.1), cuya vulneración supone la del mismo derecho. La remisión a la Ley que lleva a cabo ese artículo ha de entenderse, como dijimos, como remisión a la Ley Orgánica” (Fundamento Jurídico 6º)

A propósito de esta Sentencia, Queralt considera que “A este respecto, ha de concluirse con la reiteración de las últimas líneas del mencionado fundamento jurídico 6º.II de la STC 140/1986. En esta resolución se viene a concluir algo de mayor interés: “la vulneración del rango legal supone la vulneración del derecho

consecuencia de tal incidencia respecto a la norma penal radica así en la necesidad de que el *derecho de gracia* cuanto menos debe estar regulado mediante una ley orgánica, pues afecta a una materia que la Constitución reserva a ley orgánica. De no ser así, una ley ordinaria dejaría sin efecto las previsiones contenidas en ley orgánica, sobre materias reservadas a ley orgánica.

Y la reserva de ley orgánica para la norma penal, no resulta, a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional, una reserva absoluta, sino que se debe proclamar si afecta a los derechos fundamentales. La Sentencia del Tribunal Constitucional 25/1984 de 23 de febrero³⁸⁰, afirma, en orden a la reserva de ley del art. 25.1 CE, que su naturaleza orgánica estará determinada por el carácter sancionador de la norma, respecto a

protegido en sí". Esta conclusión, aunque contactada, en principio, al derecho a la libertad y seguridad (y a otros derechos "que no son ahora relevantes") puede ser legítimamente derivada a cualquier otro derecho fundamental y, en concreto, al que encarna el principio de legalidad penal. De este modo, "el rango legal se convierte, a su vez, en garante institucional del propio derecho", tal como cabe derivar, igualmente, del artículo 28.2 LOTC. De este modo, se supera el plano estrictamente formal que, con ser importante, puede variar sin prácticamente límite o dentro de unos límites excesivamente amplios, en atención a los intereses en juego" Queral, J.J., "Código Penal y Ley Orgánica", ob. cit., pág. 82

³⁸⁰ En Cuestión de inconstitucionalidad núm. 333/1983, planteada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por supuesta inconstitucionalidad de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios: "Al decir el art. 25.1 de la Constitución que «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento», da expresión general al principio de legalidad en materia sancionadora, del que se deriva que una sanción, de privación de libertad u otra, sólo procederá en los casos previstos y tipificados en normas preestablecidas y únicamente en la cuantía y extensión prevista por dichas normas. El art. 81.1, por su parte, incluye entre las Leyes Orgánicas, que el mismo introduce en el ámbito constitucional, «las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales». Y la cuestión estriba en si del artículo 25.1 en conexión con el 81.1 cabe deducir una reserva de Ley Orgánica en materia sancionadora. Como señala el Abogado del Estado, el art. 25.1 contempla toda norma sancionadora, incluida la que tiene por objeto las infracciones administrativas, y, como hemos visto, se refiere a la exigencia de que nadie pueda ser condenado o sancionado por injusto penal o administrativo que no haya sido tipificado previamente como tal según la legislación vigente cuando se produjo. La «legislación» en materia penal o punitiva se traduce en la «reserva absoluta» de Ley. Ahora bien, que esta reserva de Ley en materia penal implique reserva de la Ley Orgánica, es algo que no puede deducirse sin más de la conexión del art. 81.1 con el mencionado art. 25.1. El desarrollo al que se refiere el art. 81.1 y que requiere Ley Orgánica tendrá lugar cuando sean objeto de las correspondientes normas sancionadoras los «derechos fundamentales»" (Fundamento Jurídico 3º)

los derechos fundamentales. Posición que, por otra parte, ha sido asumida por la Doctrina³⁸¹. La Sentencia del Tribunal Constitucional

³⁸¹ Arroyo Zapatero evidencia una inicial disparidad de planteamientos: *“Quienes como Cono, VIVES y MUÑOZ CONDE concluyen en que el término «legislación» no es susceptible de interpretarse como mera ley formal, no estiman por ello que la reserva carezca de fundamentación constitucional. Por el contrario, la encuentran consagrada en otros artículos del texto constitucional, ya sea en el artículo 53.1 ya sea en el artículo 81.1. Así, COBO y VIVES se pronuncian por la tesis de radicar la materia penal en la reserva de ley orgánica del artículo 81, por estimar que la definición de delitos y el establecimiento de penas supone «desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas», en la medida en que delito y pena constituyen una limitación de alguno o varios derechos fundamentales, y entre ellos la libertad personal y el derecho al honor. El propio CERREZO se manifiesta a favor de la reserva de ley orgánica del artículo 81, pero sólo respecto de aquellas leyes penales que por el bien jurídico protegido o por la índole de las sanciones que establezcan (por ejemplo, penas privativas de libertad) afecten a los derechos fundamentales y a las libertades públicas. Las consecuencias de la tesis que desvincula el artículo 25.1 del problema de la reserva consisten en la negación de que la reserva de ley en materia penal no es contenido de un derecho fundamental y, por lo tanto, frente a las infracciones de dicha reserva no cabe el recurso de amparo, sino tan sólo el recurso y la cuestión de inconstitucional”*

Desde tal discrepancia el autor considera que *“La norma penal o administrativa será o no reserva de ley, ordinaria u orgánica, según cuál sea su concreto contenido. Es el contenido específico de la norma el que ha de calificarse y no otra cosa. Y aquí es donde entran en juego los artículos 53.1 y 81.1, que son los que específicamente consagran las dos modalidades de reserva de ley. Las normas penales o administrativas serán materia de reserva de ley orgánica si su contenido es relativo «al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas» (ley orgánica, artículo 81.1) o representa «regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del título primero» (ley ordinaria, artículo 53.1)”*

Y concluye asumiendo las tesis de Linde Paniagua, para afirmar la necesidad de ley orgánica para la norma penal desde el examen de la pena prevista: *“Resulta evidente que la incriminación de una conducta con una pena privativa de libertad afecta a un derecho fundamental, el de la libertad personal, consagrado en el artículo 17, CE. Ahora bien, respecto de las normas que prevén sanciones pecuniarias se ha de diferenciar, pues, en principio, que afectan tan sólo al derecho de propiedad, recogido en el artículo 33, que no es derecho fundamental de los de la Sección primera del capítulo II del título primero. Sin embargo, la tesis de LINDE no resulta generalizable, pues un grupo de sanciones pecuniarias, las multas penales, presentan la singularidad de que su impago se traduce en «responsabilidad personal subsidiaria» (artículo 91 del Código Penal), con lo que la privación de libertad reaparece. Afectan igualmente a derechos fundamentales y libertades públicas de los artículos 14 a 29 otras penas del catálogo legal vigente. Así, las de extrañamiento, confinamiento y destierro, también al artículo 17: la interdicción civil y la reprensión pública al derecho al honor (artículo 18); las inhabilitaciones y suspensiones para cargos públicos, derecho de sufragio, activo y pasivo, a los derechos fundamentales a la participación en los asuntos públicos directamente o por representación y al acceso a las funciones y cargos públicos (artículo 23). A derechos no fundamentales afectan tan sólo la inhabilitación y suspensión de profesión u oficio (artículo 35) y la privación del permiso para conducir vehículos de motor (que sólo derivadamente puede considerarse que afecta a la libertad personal) y la, mal denominada en el Código, pena de caución. Respecto de estas penas debe decirse, sin embargo, que se imponen junto a otras de las anteriormente enumeradas, salvo, excepcionalmente, la de privación del permiso de conducir y que, en todo caso, sean en sí de una u otra naturaleza, al imponerse en un proceso penal y como una condena penal, afectan siempre al derecho al honor”* Arroyo Zapatero, L., “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año III, núm. 8, mayo-agosto, 1983, pág. 24 a 26

140/1986, de 11 de noviembre, se plantea, como cuestión de fondo, “*el argumento de que el art. 81.1 de la Constitución establece una reserva de Ley Orgánica para las leyes que desarrollan o limitan los derechos fundamentales y las libertades públicas, entre las cuales se incluyen las leyes penales que definen los delitos y establecen las penas correspondientes, pues las mismas limitan el derecho fundamental a la libertad personal reconocido en el art. 17.1 de la misma Constitución, siendo por ello inconstitucionales cuando no revistan la forma de Ley Orgánica*”, concluyendo, en su Fundamento Jurídico 5º, que en cuanto la norma penal supone un desarrollo del derecho a la libertad, debe estar contenida en ley orgánica³⁸².

³⁸² “*La formulación del principio de legalidad respecto de las normas sancionadoras penales contenido en el art. 25.1 de la C.E., supone la exigencia del rango de Ley formal para este tipo de normas, pero no implica, por sí solo, la necesidad de que asuman los caracteres de las Leyes Orgánicas previstas en el art. 81.1 del Texto constitucional. Ahora bien, en el presente caso nos encontramos ante un recurso de amparo en que se plantea, principalmente, la protección de un derecho fundamental, el recogido en el art. 17.1 de la Constitución; con lo que varían respecto de la mencionada Sentencia, los parámetros constitucionales a tener en cuenta por el Tribunal. Lo que ahora se plantea es si, aparte de la exigencia del rango de Ley formal, se requiere también, a la luz de lo dispuesto en el art. 81.1 de la C.E., en relación con el art. 17.1 de la misma, que las normas penales sancionatorias estén contenidas en Leyes Orgánicas. La respuesta ha de ser afirmativa. El art. 81.1 mencionado prevé que son Leyes Orgánicas «las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas». Y no cabe duda de que las normas penales (como ha admitido la gran mayoría de nuestra doctrina penalista) suponen un desarrollo del derecho a la libertad (aparte de otros derechos fundamentales que no son ahora relevantes). El desarrollo legislativo de un derecho proclamado en abstracto en la Constitución consiste, precisamente, en la determinación de su alcance y límites en relación con otros derechos y con su ejercicio por las demás personas, cuyo respeto, según el art. 10.1 de la C.E., es uno de los fundamentos de orden político y de la paz social. Pues bien, no existe en un ordenamiento jurídico un límite más severo a la libertad que la privación de la libertad en sí. El derecho a la libertad del art. 17.1, es el derecho de todos a no ser privados de la misma, salvo «en los casos y en la forma previstos en la Ley»: En una Ley que, por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así se limita. En este sentido el Código Penal y en general las normas penales, estén en él enmarcadas formalmente, o fuera de él en leyes sectoriales, son garantía y desarrollo del derecho de libertad en el sentido del art. 81.1 de la C.E., por cuanto fijan y precisan los supuestos en que legítimamente se puede privar a una persona de libertad. De ahí que deban tener carácter de Orgánicas” STC 140/1986, de 11 de noviembre*

De ello habría que concluir que la Ley reguladora del *derecho de gracia* en cuanto afecta a la norma penal, deberá ser una ley orgánica³⁸³. Ante tal exigencia, cabría una segunda reflexión: si la previsión del art. 130.4 del Código Penal daría por cumplida tal exigencia esto es, si la inclusión expresa de un supuesto de extinción de responsabilidad criminal por el indulto, estaría legitimando en la propia norma la afección del indulto a la eficacia de ésta. Si así fuese, la excepción sería una previsión del legislador penal, en una norma de igual rango a la que se estaría excepcionando, por lo que la ley reguladora del indulto no requeriría de exigencia orgánica, al trasladarse sus efectos a la misma norma penal.

El art. 130.4 Código Penal implica tanto la comisión del delito como la existencia de una previa condena firme, puesto que para que se pueda conceder el indulto, debe existir sentencia condenatoria. Y para que pueda operar la extinción de responsabilidad del art. 130.4 por indulto debe haberse concedido tal *gracia*. El art. 130.4º, traslada al ámbito de la responsabilidad penal los efectos del indulto, por lo que tal previsión no hace sino determinar en qué afecta la concesión del indulto respecto a la condena impuesta en sentencia. El beneficiario del indulto no debe cumplir la condena pues se ha extinguido su responsabilidad criminal, trasladando el beneficio de la *gracia* a la fase de cumplimiento.

Dentro de los supuestos de extinción de la responsabilidad criminal, el indulto tiene efectos *post sententiam*, al igual que las causas previstas en los números 2º, 3º y 7º del mismo art. 130 del Código Penal, esto es, el cumplimiento de la pena, su remisión definitiva y la prescripción de la

³⁸³ STC 8/1981, de 30 de marzo: “El principio de legalidad penal contenido en el art. 25.1 exige que la tipificación del delito y la fijación de la pena se hagan por norma legal y, por consiguiente, que la eventual extinción o modificación del tipo o la alteración de la pena hayan de realizarse asimismo por norma de igual rango” (Fundamento Jurídico 4º)

pena³⁸⁴. La extinción de la responsabilidad criminal determina que ésta no le es exigible al beneficiado por el indulto, por lo que no deberá cumplir la pena impuesta, al no tener responsabilidad. El cumplimiento de la pena impuesta está indisolublemente unido a la declaración de responsabilidad criminal por la comisión del hecho delictivo, siendo la declaración de responsabilidad criminal el presupuesto subjetivo para poder imponer una pena la condena.

La necesidad de previa declaración de responsabilidad criminal pasa a ser el presupuesto necesario para que se declare su extinción por causa del indulto, pues no puede extinguirse lo que, previamente, no existe. Si existen el delito y su autoría, se declarará la responsabilidad criminal, y se impondrá la pena prevista por la comisión del delito. La obligación de cumplimiento de la pena tiene como presupuesto la responsabilidad criminal. La extinción de la responsabilidad criminal implicará por ello la inexigibilidad del cumplimiento de la pena.

En estos términos, la previsión del art. 130.4º Código Penal incide en la inexigibilidad de cumplimiento de la pena, al extinguirse el presupuesto subjetivo que lo determina, pero no afecta, en puridad, a la previsión de la norma penal respecto a la pena aplicable por comisión de la conducta típica punible. No obstante, si la previsión de imposición de una pena quedase al margen del cumplimiento de ésta, la norma penal dejaría de estar vinculada por la finalidad que inspira la pena dentro del sistema punitivo. Si el cumplimiento de la pena no fuese una parte esencial de la norma penal, ésta dejaría de estar al servicio de los fines en los que se

³⁸⁴ Diferente son los supuestos de la extinción de responsabilidad criminal por muerte (1º), perdón del ofendido (5º) y prescripción del delito (6º), del art. 130 Código Penal, los cuales no necesitan de previa existencia de un pronunciamiento condenatorio en sentencia firme para ser apreciados

justifica su imposición y perdería su carácter de correlativo punible por la comisión del tipo penal.

En todo caso, y respecto a la suficiencia de tal previsión del art. 130.4 como legitimadora de los efectos del indulto sobre la norma penal, cabe afirmar la misma. Si la ley penal prevé las excepciones sobre la eficacia de sus preceptos, estas excepciones cumplen con los requerimientos de ley orgánica que son exigibles para ello. La extinción de responsabilidad criminal es el efecto que la Ley de indulto prevé por la concesión de la *gracia* respecto a la pena impuesta en sentencia firme –utilizando el término remisión de la pena, que también tiene como efecto la extinción de la responsabilidad criminal-. La ley penal sí que puede excepcionar la eficacia de sus propias previsiones sobre la pena impuesta y sobre su efectivo cumplimiento.

2.3.7.- La exclusión del legislador autonómico para regular el ejercicio del derecho de gracia

La reserva de ley para regular el ejercicio del *derecho de gracia* es una exigencia textual del art. 62.i) de la Constitución. Como ya hemos dicho en consideraciones precedentes, tal reserva de ley deberá operar con la previsión del art. 81.1 CE, en cuanto a la afección al desarrollo de los derechos fundamentales que supone el ejercicio del *derecho de gracia* y, en particular, al derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24.1 CE, en su manifestación como derecho fundamental a la ejecución de las sentencias.

Haciendo abstracción de tal conclusión, que determina la exclusión *ex radice* del legislador autonómico para regular el ejercicio del *derecho de gracia* –por mandato del art. 81.2 CE, al determinar al legislador estatal como único competente para “*la aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas*” mediante “*mayoría absoluta del Congreso en una votación final sobre el conjunto del proyecto*”³⁸⁵-, cabría valorar si existe un ámbito en el cual el legislador autonómico pudiese participar de la institución de la *gracia*.

La reserva de ley del art. 62.i) CE no lo es expresamente para ley estatal sino para la categoría normativa ley. La relación entre las leyes estatales y las autonómicas se rige por el principio de competencia, determinando una reserva material de ley la titularidad –estatal o autonómica- de la competencia de que se trate. Y el ámbito competencial correspondiente tiene, como punto de anclaje, la relación de competencias que establece la Constitución para las CC.AA. y Estado en los arts. 148 y 149 CE³⁸⁶. De la concreta determinación de la competencia que corresponderá

³⁸⁵ “*La exclusividad no se predica únicamente del art. 149 CE, ya que también la reserva de ley orgánica del art. 81 CE y otros preceptos aglutinan toda una serie de materias que no podrán ser objeto de regulación por parte de las Comunidades Autónomas*” Garrido Mayol, V., “Sinopsis art. 149 Constitución”, *La Constitución Española*, Congreso de los Diputados, 2003

³⁸⁶ “*El artículo 149 de la Constitución es, junto a los artículos 148 y 150, uno de los preceptos que delimita el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, integrándose en el bloque normativo que permite determinar el grado de descentralización política o quantum de poder reconocido a ambos entes. En particular, el precepto que es objeto de comentario determina las competencias que corresponden, de modo exclusivo, al Estado y que, en principio, no podrán pertenecer a las Comunidades Autónomas, a menos que se utilice la técnica de las Leyes Orgánicas de transferencia y delegación previstas en el art. 150.2 CE. El sistema competencial articulado por la Constitución de 1978 se encuadra, a simple vista, dentro del llamado sistema de “doble lista” o sistema germánico, en el que la norma constitucional detalla en dos listas, por un lado, las competencias exclusivas del Estado, y por otro, aquéllas que podrán corresponder a los entes descentralizados (...) la exclusividad que se mantiene en el art. 149.1 CE sobre las competencias que corresponden al Estado pierde cierto sentido, pues en realidad la materia no es exclusiva de aquel, ente sino sólo las facultades que sobre ellas determina el precepto (legislación básica, legislación, o todas las facultades si el precepto no distingue)” Garrido Mayol, V., “Sinopsis art. 149 Constitución”, *ob. cit.**

ejercer para la regulación del *derecho de gracia*, se establecerá el titular de la misma³⁸⁷.

Así en el art. 149 CE se relacionan las competencias exclusivas del Estado en determinadas materias, de las cuales se puede advertir que el *derecho de gracia* tiene su título atributivo en el ámbito competencial

³⁸⁷ “El constituyente no usa de una forma nítida y clara la terminología citada, pues unas veces alude a materias (caso del art. 149 CE, aunque en este precepto hay tanto un reparto de materias como de competencias); otras, a competencias (art. 148 CE, que en realidad contiene una lista de materias); y otras, a facultades (art. 150.1 y 2 CE). De cualquier modo, a pesar de la ambigua terminología constitucional, se pueden sentar unas conclusiones provenientes de la interpretación de dichos conceptos realizada por el Tribunal Constitucional:

. En principio, hay materias que pertenecen con carácter exclusivo al Estado, correspondiéndole la totalidad de las facultades-, como la nacionalidad, extranjería, relaciones internacionales, administración de justicia,...-. Sin embargo, también es cierto que la delimitación no es tan precisa y que incluso el Tribunal se ha visto obligado a definir y dar un contorno preciso a diversas materias (...) Con ello se llega a la conclusión de que el grado de competencia que en último término corresponde al Estado y a las Comunidades autónomas, deberá ser delimitado por la interpretación que de aquélla realiza el Tribunal Constitucional teniendo en cuenta que, como se ha reconocido, la materia posee un inevitable grado de indeterminación que exige ser clarificado caso por caso (Sentencia 125/1984).

. Por otra parte, la exclusividad no se predica únicamente del art. 149 CE, ya que también la reserva de ley orgánica del art. 81 CE y otros preceptos aglutinan toda una serie de materias que no podrán ser objeto de regulación por parte de las Comunidades Autónomas.

La atribución al Estado con carácter exclusivo, por parte del art. 149 de la Constitución, de determinadas facultades sobre las materias, no debe interpretarse sin más como una atribución directa de las competencias restantes a las Comunidades Autónomas, pues éstas sólo ejercerán efectivamente las que expresamente hayan sido incorporadas a su Estatuto de Autonomía (Sentencia 1/1982).

. Ahora bien, el ejercicio de determinadas facultades asumidas por las Comunidades Autónomas podrán llevarse a cabo sin necesidad de esperar a que, sobre la misma materia, el Estado dicte la legislación o normativa básica (Sentencia 32/1981).

. En otras ocasiones, no obstante, ha de señalarse que es la propia Ley estatal la llamada por la Constitución o los Estatutos de Autonomía a delimitar la capacidad normativa de las Comunidades Autónomas y a precisar las correspondientes esferas de competencias, en cuyo caso las facultades de éstas últimas se hacen depender del marco competencial que se precise, pudiendo incluso verse recortadas sus competencias (Sentencia 168/1993). A modo de ejemplo, el art. 149.1.29ª CE relativo a la posibilidad de creación de policías de las Comunidades Autónomas en la forma que establezcan los respectivos Estatutos, en el marco de una Ley Orgánica.

. En último término, parece que ni siquiera la exclusividad de las facultades o las materias atribuidas al Estado puede interpretarse en sentido absoluto, pues nada impide en virtud del art. 150.2 CE que aquellas puedan conferirse a las Comunidades Autónomas. Con ello, podría desecharse o relativizarse la interpretación del sistema que observa un techo competencial para las Comunidades Autónomas integrado por las competencias del 148 más las "consentidas" por el 149, desde el mismo momento en que, incluso las exclusivas, podrían, en algunos casos, pertenecer a las Comunidades Autónomas" Garrido Mayol, V., “Sinopsis art. 149 Constitución”, *ob. cit.*

estatal. En primer lugar, el art. 149.1.1º CE: *“1. La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”*.

La premisa para poder determinar la competencia exclusiva del Estado se encuentra el ámbito de afección a la materia concreta: el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales. Desde tal dicción, se prevé tanto una regla competencial a favor del Estado, como una pauta limitativa de las competencias normativas para las Comunidades Autónomas, desde el principio de igualdad jurídica³⁸⁸.

Para el constituyente, el legislador de los derechos fundamentales es el Estado, tanto desde la reserva de ley orgánica del art. 81.1 CE -para el desarrollo del contenido de los derechos fundamentales-, como desde la reserva de ley ordinaria del art. 53.1 CE -para regular el ejercicio de los derechos fundamentales- si bien la reserva de ley orgánica del art. 81.1 CE no contiene, en puridad, ningún título competencial habilitante a favor del Estado: *“En el Estado de autonomías territoriales, las normas entronizadoras de reservas a determinadas fuentes no son, sólo por ello, atributivas de competencia a un cierto ente”*³⁸⁹.

³⁸⁸ STC 5/1981, de 13 de febrero: *“En materia de derechos fundamentales la Constitución no se ha limitado a reservar su desarrollo normativo a Leyes orgánicas, sino que ha dispuesto, además, que todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado (art. 139 de la C.E.), y para asegurar que así sea, ha reservado como competencia exclusiva del Estado «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales» art. 149.1.1.º de la C.E.), así como, más en concreto y en relación con el art. 27 de la Constitución, la regulación de las materias a que se refiere el art. 149.1.30.º de nuestra norma suprema. Ello significa que los citados preceptos de la Constitución (arts. 139, 149.1.1.º y 149.1.30.º de la C.E.) excluyen que sobre las materias en ellos definidas puedan legislar los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas”* (Fundamento jurídico 22º)

³⁸⁹ STC 137/1986, de 6 de noviembre: *“Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el concepto del que la Constitución se vale en el citado art. 149.1.30 («normas básicas para el desarrollo del art. 27 ...»), no posee*

Sin embargo, sólo el Estado puede dictar normas de desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, de conformidad con el art. 81.1 CE³⁹⁰. Y en el ejercicio de tal misión constitucional, el legislador estatal no tiene la libre disposición para la determinación de la legalidad configuradora de los derechos fundamentales, sino que está debe ejercerse desde la plena integridad del derecho fundamental³⁹¹.

el mismo alcance que el que genéricamente enuncia el art. 81.1. El enunciado de aquel precepto impone al intérprete considerar que, respecto de las Comunidades que ostenten competencias en su virtud, las instituciones generales del Estado no retienen, como competencia exclusiva, la normación de todo aquello que, en lo relativo al art. 27 de la Constitución, pueda considerarse «desarrollo» (art. 81.1) de los derechos fundamentales allí reconocidos. Ni la unidad de la Constitución toleraría que una de sus disposiciones (art. 149.1.30) se desvirtuase íntegramente por lo establecido en otra (art. 81.1) ni, de otra parte, un precepto ordenador del sistema de fuentes en el ordenamiento integral del Estado (art. 81.1) puede sobreponerse a la norma que, en un plano del todo diverso, busca articular los ámbitos materiales que corresponden a ordenamientos diversos, por más que obviamente unidos (art. 149.1.30). El criterio general de que, en el Estado de autonomías territoriales, las normas entronizadoras de reservas a determinadas fuentes no son, sólo por ello, atributivas de competencia a un cierto ente (STC 37/1981, fundamento jurídico 2.º) parece habría aquí de tenerse en cuenta, tanto más cuanto que, según antes se apuntó, la colaboración en términos generales entre Ley Orgánica y ordinaria no ha de reputarse, en todo caso, constitucionalmente ilegítima” (Fundamento Jurídico 3º)

³⁹⁰ STC 173/1998, de 23 de julio: “siendo cierto que la reserva de ley orgánica no supone atribución de ningún título competencial, no lo es menos que, en virtud del art. 81.1 C.E., sólo el Estado puede dictar esta forma de leyes en desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas y que las Comunidades Autónomas al ejercer sus competencias deben respetar el contenido de las mismas so pena de incurrir en un vicio de inconstitucionalidad por vulneración del art. 81.1 C.E. ... lo más relevante para la resolución del recurso de inconstitucionalidad no radica tanto en la distinción entre la naturaleza jurídica de la reserva de ley y las reglas de competencia, cuanto en la delimitación del alcance material de la reserva de ley orgánica y en la determinación de en qué medida esta delimitación debe hacerse o no a partir del sistema de distribución de competencias” (Fundamento Jurídico 7º)

³⁹¹ STC 24/1990, de 15 de febrero: “Este Tribunal declaró en una de sus primeras Sentencias que «nada que concierna al ejercicio por los ciudadanos de los derechos que la Constitución les reconoce, podrá considerarse nunca ajeno a este Tribunal» (STC 26/1981, fundamento jurídico 14). Por lo mismo, en su condición de «intérprete supremo de la Constitución» (art. 1.1 LOTC), el Tribunal Constitucional debe revisar, si a ello es instado en vía de amparo, si la interpretación de la legalidad configuradora de los derechos fundamentales se ha llevado a cabo secundum Constitutionem y, en particular, si dados los hechos apreciados por el órgano judicial, la aplicación de la legalidad ha podido afectar «a la integridad del derecho fundamental aquí comprometido (art. 23.2 C.E.)» (STC 79/1989 antes citada). De no ser así, los derechos fundamentales de configuración legal quedarían degradados al plano de la legalidad ordinaria y por esta vía excluidos del control del amparo constitucional [art. 161.1 b) C.E.]” (Fundamento Jurídico 2º)

La delimitación de las competencias del Estado en la regulación de los aspectos esenciales de la definición de los derechos fundamentales tiene su concreción en la doctrina del Tribunal Constitucional, aplicando un criterio restrictivo: que sea desarrollo directo de la Constitución, sobre elementos esenciales del derecho (su definición, ámbito y fines) Pero tal misión –ordenada por la reserva de ley orgánica- se debe coherer con el contenido del bloque de constitucionalidad para articular los ámbitos materiales de ejercicio de las competencias entre Estado y CC.AA.³⁹².

Así, la concreción de la competencia estatal para *"la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales"* del art. 149.1.1 CE habilita al Estado para regular el

³⁹² STC 173/1998, de 23 de julio: *"requiere ley orgánica únicamente la regulación de un derecho fundamental o de una libertad pública que «desarrolle» la Constitución de manera directa y en elementos esenciales para la definición del derecho fundamental, ya sea en una regulación directa, general y global del mismo o en una parcial o sectorial, pero, igualmente, relativa a aspectos esenciales del derecho, y no, por parcial, menos directa o encaminada a contribuir a la delimitación y definición legal del derecho"* [STC 127/1994, fundamento jurídico 3º b), en este mismo sentido pueden verse las SSTC 6/1982, fundamento jurídico 6º; 67/1985, 140/1986 y 160/1987]. Precizando un poco más esta definición, en la STC 132/1989 (fundamento jurídico 16), referida precisamente al derecho de asociación, se afirma que lo que está constitucionalmente reservado a la ley orgánica es *"la regulación de determinados aspectos esenciales para la definición del derecho, la previsión de su ámbito y la fijación de sus límites en relación con otras libertades constitucionalmente protegidas"*. Esta doble referencia a *"aspectos esenciales"* y al *"establecimiento de restricciones o límites"* se halla también en las SSTC 88/1995, fundamento jurídico 4º; 140/1986, fundamento jurídico 5º y 101/1991, fundamento jurídico 2º. (...) Mayores problemas presenta, por último, la cuestión relativa a la fijación del ámbito de la reserva de ley orgánica en función o no de los títulos competenciales atribuidos al Estado por el art. 149.1 y 3 C.E. La jurisprudencia de este Tribunal no ha sido rectilínea en esta materia. Con todo, del conjunto de la jurisprudencia sentada en esta cuestión pueden extraerse dos criterios de interpretación fundamentales: de un lado, que el ámbito de la reserva de ley orgánica no es coextenso al de las competencias atribuidas al Estado -así se establece de forma implícita en la práctica totalidad de las resoluciones de este Tribunal que han abordado este tema- y, de otro lado, que, en aplicación de un elemental criterio de interpretación sistemática, al fijar el alcance de la reserva de ley orgánica debe cohererarse con el contenido de los preceptos del llamado bloque de la constitucionalidad que distribuyen las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, ya que, como bien dice la STC 137/1986, *"ni la unidad de la Constitución toleraría que una de sus disposiciones [art. 149 (...)] se desvirtuase íntegramente por lo establecido en otra (art. 81.1), ni de otra parte, un precepto ordenador del sistema de fuentes (...) puede sobreponerse a la norma (...) que busca articular los ámbitos materiales"*

contenido primario del derecho, las posiciones jurídicas fundamentales y en todo caso, las condiciones básicas han de ser las imprescindibles o necesarias para garantizar esa igualdad³⁹³, que no puede consistir en una igualdad formal absoluta³⁹⁴.

³⁹³ “El derecho no deja de ser un producto histórico que refleja las contradicciones y problemas de cada tiempo y lugar, así como los intentos de poner solución a los mismos o, al menos, a los más relevantes en cada momento para la sociedad. Los problemas señalados o no estaban en la agenda política de 1978 o no lo estaban con la suficiente intensidad. Los constituyentes optaron, como veremos, por garantizar la igualdad formal ante la ley y hacer un llamamiento, más voluntarioso que efectivo, a los poderes públicos para que promovieran la igualdad real y efectiva entre los individuos y los grupos sociales. El objetivo, pues, aparece definido en la Constitución pero no las garantías para conseguirlo y ahí es donde la sociedad y, en particular, el derecho ha avanzado mucho. Quizá todavía no podemos hablar de garantías absolutas pero sí de pequeñas garantías que poco a poco se han ido incorporando a nuestros ordenamientos jurídicos que siguen la senda marcada por la Constitución” Soler Sánchez, M., “La igualdad de las mujeres y hombres en el estado autonómico: una visión comparada sobre la introducción de la perspectiva de género en los estatutos de autonomía”, *La solidaridad en el estado autonómico*, Garrido Mayol, V. (coord.), Ed. Fundación Profesor Manuel Broseta, 2011, pág. 103

³⁹⁴ STC 61/1997, de 20 de marzo: “se trata de un título competencial con contenido propio, no residual, que habilita al Estado para regular el contenido primario del derecho, las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos...). En todo caso, las condiciones básicas han de ser las imprescindibles o necesarias para garantizar esa igualdad, que no puede consistir en una igualdad formal absoluta y siempre teniendo presente que la «materia» sobre la que recae o se proyecta son los derechos constitucionales, en sentido estricto, así como los deberes básicos ...y que las condiciones básicas que garanticen la igualdad se predicen de los derechos y deberes constitucionales en sí mismos considerados, no de los sectores materiales en los que éstos se insertan y, en consecuencia, el art. 149.1.1 C.E. sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata, con los derechos que la Constitución reconoce. De lo contrario, dada la fuerza expansiva de los derechos y la función fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico (...) quedaría desbordado el ámbito y sentido del art. 149.1.1 C.E., que no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento por el mero hecho de que pudieran ser reconducibles, siquiera sea remotamente, hacia un derecho o deber constitucional ... Sin embargo, dentro de esas «condiciones básicas» cabe entender incluidos asimismo aquellos criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con aquéllas, tales como el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho ...; los deberes, requisitos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho ...; los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan el ejercicio mismo del derecho ... En cualquier caso, la “regulación” que corresponde al Estado ex. art. 149.1.1 C.E. queda limitada a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, que no el diseño completo y acabado de su régimen jurídico (...). las condiciones básicas que garanticen la igualdad, por definición, no pueden consistir en un régimen jurídico acabado y completo de los derechos y deberes constitucionales afectados. La regulación de esas condiciones básicas sí corresponde por entero y en exclusiva al Estado, pero con tal normación, como es evidente, no se determina ni se agota su entero régimen jurídico” (Fundamento Jurídico 7º)

De esta forma, y siguiendo la Sentencia del Tribunal Constitucional 173/1998, de 23 de julio, *“el art. 149.1.1 C.E., más que delimitar un ámbito material excluyente de toda intervención de las Comunidades Autónomas, lo que contiene es una habilitación para que el Estado condicione mediante precisamente el establecimiento de unas condiciones básicas uniformes, el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales”* (Fundamento Jurídico 9º).

En consecuencia, el ámbito material de ley orgánica queda limitado por las propias competencias del Estado de conformidad con el art. 149.1.1º CE. Si en el establecimiento de las condiciones básicas de igualdad de un determinado derecho, tal regulación incide en materia reservada a ley orgánica del art. 81.1 CE deberá ser ésta la garantía exigible a tal fin. Caso que la determinación de esas condiciones básicas no requiera de ley orgánica, el Estado –de conformidad con el art. 53.1 CE–, podrá regularla por ley ordinaria.

La relación entre ley orgánica y ley ordinaria, va a depender así de cuál es la procedencia de la segunda. Si la ley ordinaria emana de las Cortes Generales los posibles conflictos entre ley orgánica y ordinaria, respecto a una misma materia, deberán resolverse desde la prevalencia de la ley orgánica sobre la ordinaria, de conformidad con el art. 81.2 CE. En el caso de leyes emanadas por las CC.AA. será el principio de competencia el que debe resolver un hipotético conflicto entre las normas estatales y

normas autonómicas, atendidas las materias conferidas constitucional y estatutariamente a las CC.AA. y al Estado³⁹⁵.

En relación con la determinación concreta del significado del principio de “igualdad de todos los españoles”, la atribución competencial deberá ceñirse a las condiciones básicas que corresponden al legislador estatal, y serán tales condiciones básicas las que deben garantizar la exigencia de igualdad sin que ello permita legitimar la restricción de competencias autonómicas, cuyo ámbito competencial material será el que exceda de la regulación de las condiciones básicas –competencia estatal- pues ésta no agota su régimen jurídico³⁹⁶.

Una vez delimitado el significado material del ámbito competencial del art. 149.1.1º CE cabe plantear si la regulación del ejercicio del *derecho de gracia* forma parte de “*La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales*”, pues con ello se alcanzará la necesaria conclusión de que tiene que ser una ley estatal la que regule el *derecho de gracia* –con exclusión de las leyes

³⁹⁵ STC 5/1981, de 13 de febrero

³⁹⁶ STC 133/2006, de 27 de abril: “*Especial relevancia reviste, en la aplicación de los criterios aquí señalados, el elemento teleológico de la competencia estatal, consistente en el aseguramiento de la “igualdad de todos los españoles” en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, ya que obliga a examinar las “condiciones básicas” establecidas por el legislador estatal desde la perspectiva que nos ofrece el juicio de proporcionalidad, a fin de averiguar si la norma estatal “tiene cobijo en los límites formales y materiales del art. 149.1.1 CE y —complementariamente— si no contiene una injerencia o restricción de la competencia autonómica” (SSTC 164/2001, de 11 de julio, FJ 4, y 54/2002, de 27 de febrero, FJ 3). De tal suerte que “las condiciones básicas que garanticen la igualdad, por definición, no pueden consistir en un régimen jurídico acabado y completo de los derechos y deberes constitucionales afectados. La regulación de esas condiciones básicas sí corresponde por entero y en exclusiva al Estado, pero con tal normación, como es evidente, no se determina ni se agota su entero régimen jurídico” [STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7 b)]” (Fundamento Jurídico 3º)*

autonómicas-, y si tal materia se encuentra afectada por la reserva de ley orgánica del art. 81.1 CE.

El *derecho de gracia*, conforme hemos analizado anteriormente, tiene afección directa en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. De tal incidencia debemos extraer que el ejercicio del *derecho de gracia* afecta al ámbito de ejercicio de dicho derecho fundamental, pues con la concesión del indulto, se impide el derecho a la ejecución de sentencias firmes en el orden penal –ínsito en la tutela judicial efectiva-. Y siendo así, la exigencia de la garantía de igualdad de todos los españoles en el ejercicio de un derecho fundamental determinará la misma exigencia de igualdad en las restricciones a tal ejercicio, puesto que las “condiciones básicas” a las que alude el art. 149.1.1º CE tiene como objeto regular el contenido primario del derecho en sus aspectos básicos esenciales (y los límites y restricciones forman parte de su núcleo esencial), y tiene como finalidad, garantizar esa igualdad.

La regulación del ejercicio del *derecho de gracia* se sitúa por tanto en el ámbito competencial del Estado en cuanto debe en todo caso garantizar la igualdad de todos los españoles. Y desde tal título competencia, se determinará si la materia está reservada a ley orgánica de conformidad con lo previsto en el art. 81.1 CE, o bien deberá ser regulada por ley ordinaria, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 53.1 CE. Según hemos indicado, la incidencia del ejercicio del *derecho de gracia* en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en cuestiones esenciales para la definición y límites de tal derecho, conduce a la exigencia de reserva de ley orgánica del art. 81.1 CE.

Igualmente el principio de competencia es el llamado a resolver aquellos conflictos entre normas estatales y autonómicas, y para su aplicación, deberá atenderse al bloque de constitucionalidad que está integrado por las normas determinantes del sistema constitucional de distribución de competencias: la Constitución y los Estatutos de Autonomía³⁹⁷, como normas no disponibles para el legislador ordinario.

Sobre el *derecho de gracia* existen previsiones estatutarias expresas en las que se reconoce al Estado la competencia exclusiva sobre el *derecho de gracia*: “*corresponde íntegramente al Estado, de conformidad con las leyes generales, el derecho de gracia (...)*”³⁹⁸. Tales reconocimientos, en los Estatutos de Autonomía Valenciano y Vasco, resultan innecesarios a la vista del también proclamado sometimiento a las “leyes generales”, que reconoce ser una competencia ajena al ámbito autonómico, y propia del Estado. Una innecesidad que, igualmente, cabe proclamar desde la atribución competencial exclusiva al Estado del art. 149.1.1º CE.

No obstante, no es la previsión del art. 149.1.1º CE la única que puede determinar la competencia exclusiva del Estado para la regulación del

³⁹⁷ Sin entrar en la discusión doctrinal sobre las normas que integran el bloque de constitucionalidad (V.gr., De Cabo de la Vega, A., “Nota sobre el bloque de constitucionalidad”, *Jueces para la Democracia*, núm. 24, Madrid 1995), no parece discutible que en el mismo se integran la Constitución y los Estatutos de Autonomía. Así, la STC 26/1982, de 24 de mayo: “*Las competencias controvertidas en el presente conflicto hacen referencia al otorgamiento de concesiones de instalación y funcionamiento de emisoras de radiodifusión en frecuencia modulada y a la regulación de su régimen de adjudicación, y el bloque de constitucionalidad que ha de servir de base para enjuiciar la titularidad de dichas competencias está integrado por el art. 149.1.27 de la Constitución y el art. 16.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña*” (Fundamento Jurídico 2º)

³⁹⁸ Art. 35, Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana, aprobado por Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio: “*2. Corresponde íntegramente al Estado, de conformidad con las leyes generales, el derecho de gracia y la organización y el funcionamiento del Ministerio Fiscal*”
Art. 13, Estatuto de Autonomía para el País Vasco, aprobado por Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre: “*2. Corresponde íntegramente al Estado, de conformidad con las leyes generales, el derecho de gracia y la organización y el funcionamiento del Ministerio Fiscal*”

ejercicio del *derecho de gracia*. El apartado 5º del mismo art. 149.1 CE atribuye competencia exclusiva en materia de “*Administración de Justicia*” al Estado. El apartado 6º en materia de “*Legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas*”.

Respecto a la competencia exclusiva del art. 149.1, apartado 5º, sobre “*Administración de Justicia*”, el Tribunal Constitucional señala que “*con arreglo a la doctrina de las SSTC 56/1990 y 62/1990, hay que distinguir dos conceptos -amplio y estricto- de “Administración de Justicia”, de manera que la indeclinable competencia exclusiva del Estado reservada por el art. 149.1.5 CE queda ceñida al núcleo esencial (la función jurisdiccional propiamente dicha y la ordenación de los elementos intrínsecamente unidos a la determinación de la independencia con que debe desarrollarse, elementos esenciales de la función jurisdiccional y del autogobierno del Poder Judicial)*”³⁹⁹. Dos conceptos –amplio y estricto– que van a determinar la delimitación competencial entre Estado y CC.AA.

La determinación del ámbito competencial exclusivo del Estado respecto a la materia “*Administración de Justicia*”, se limita a su núcleo esencial, esto es, a los elementos configuradores de la función jurisdiccional y la organización del poder Judicial, los cuales se definen en el Título VI de la Constitución. Respecto a su organización y funcionamiento, éste se configura desde el principio de unidad –jurisdiccional y de cuerpo–⁴⁰⁰,

³⁹⁹ STC 137/2010, de 16 de diciembre

⁴⁰⁰ STC 173/2014, de 23 de octubre: “*la Constitución configura un Poder Judicial único, cuya organización y funcionamiento se sustentan en el principio de unidad jurisdiccional (art. 117.5 CE) y en la unidad del cuerpo de Jueces y Magistrados de carrera (art. 122.1 CE), al tiempo que encomienda el gobierno de ese Poder Judicial al Consejo General del Poder Judicial (art. 122.2 CE). Sobre ambas materias ostenta el Estado*

como un poder Judicial único, y un gobierno único⁴⁰¹. Tal contenido no es susceptible de estar integrado por el ejercicio del *derecho de gracia*, en tanto el poder Judicial “organización” no se ve afectando, en esencia, por la institución del indulto, pues con éste no se altera el diseño de la estructura judicial del Estado.

Sin embargo el otro elemento esencial de tal materia, esto es, la función jurisdiccional, ínsita en el núcleo de la Administración de Justicia, sí se aprecia constreñido por el ejercicio del *derecho de gracia* y, por tanto, su regulación deberá considerarse dentro del ámbito competencial del Estado. La función jurisdiccional propiamente dicha, es consustancial a la Administración de Justicia y la normativización de elementos que son esenciales para el ámbito de ejercicio de la función jurisdiccional deberá plantearse desde el sentido de la reserva competencial del art. 149.1.5, CE⁴⁰².

De esta forma, el núcleo de la Administración de Justicia sometido a la competencia del Estado, incluye las normas relativas a la regulación del

una competencia exclusiva, que le atribuye el art. 149.1.5 CE y que debe ejercer mediante un específico instrumento normativo, que es la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 122.1 y 2 CE)”

⁴⁰¹ STC 56/1990, de 29 de marzo: “El art. 149.1.5 de la Constitución reserva al Estado como competencia exclusiva la «Administración de Justicia»; ello supone, en primer lugar, extremo éste por nadie cuestionado, que el Poder Judicial es único y a él le corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y así se desprende del art. 117.5 de la Constitución; en segundo lugar, el gobierno de ese Poder Judicial es también único, y corresponde al Consejo General del Poder Judicial (art. 122.2 de la Constitución). La competencia estatal reservada como exclusiva por el art. 149.1.5 termina precisamente allí”

⁴⁰² STC 56/1990, de 29 de marzo (ob. cit.): “A la vista del proceso de aprobación de los Estatutos de Autonomía y de la propia Constitución, puede afirmarse que la distinción entre un sentido amplio y un sentido estricto en el concepto de Administración de Justicia no es algo irrelevante jurídicamente. Esa diferencia, presente en toda la organización y regulación de la función jurisdiccional, como reconoce el propio Abogado del Estado, tiene, al menos, valor para distinguir entre función jurisdiccional propiamente dicha y ordenación de los elementos intrínsecamente unidos a la determinación de la independencia con que debe desarrollarse por un lado, y otros aspectos que, más o menos unidos a lo anterior, le sirven de sustento material o personal, por otro”

ius puniendi –arts. 117.1, 3 y 4 y art. 118 CE-⁴⁰³, espacio material en el cual incide de forma directa el ejercicio del *derecho de gracia*, pues éste es la renuncia expresa del Estado al *ius puniendi*, y afecta a la potestad jurisdiccional en un determinado proceso, al dejarla sin efecto. Desde la perspectiva de la potestad punitiva del Estado, cuya materialización es parte de la función jurisdiccional, el *derecho de gracia* constituye la misma potestad en sentido inverso, e igualmente propia del Estado: el *ius non puniendi* ⁴⁰⁴, que se materializa en la inejecución de la sentencia.

La función jurisdiccional se ve así limitada por el *derecho de gracia* por cuanto pierde un elemento esencial en el cual se materializa tal función y que está previsto en el art. 117.3 CE -hacer ejecutar lo juzgado-. Pero también se vacía de contenido la potestad jurisdiccional, ya ejercida al cumplir con la función de juzgar. Tal incidencia se encuentra dentro del núcleo de la Administración de Justicia y conlleva la competencia del Estado para su regulación.

Y así lo considera el legislador, en cuanto el indulto se contempla en la LOPJ, en su art. 18.3º, como una excepción al principio de ejecutividad e invariabilidad de las sentencias firmes. La LOPJ, en cuanto asume la regulación de la función jurisdiccional que constitucionalmente le viene

⁴⁰³ STC 56/1990, de 29 de marzo (*ob. cit.*): “Tales normas se enmarcan en la regulación general del *ius puniendi* y de las competencias generales de Justicia para el conocimiento de los hechos delictivos que corresponde al Estado (art. 149.1.5 y 6)”

⁴⁰⁴ “La gracia es una institución que neutraliza o contradice las misiones asignadas al Derecho penal. En cierta medida es su antítesis dialéctica, de donde es concebible la gracia como el *ius non puniendi*. Exasperando dicha idea, ciertas afirmaciones doctrinales eliminan hasta la misma naturaleza jurídica de la prerrogativa, oponiendo la idea de Gracia a la de Derecho... De procederse con rigor no es dable, sin embargo, ignorar que la gracia tiene, en su origen y en su ejercicio, una estructura afín a la de las normas jurídicas, siquiera sea extraña, y aun opuesta, al Derecho penal” Del Toro Marzal, A., “La Punibilidad en el Derecho Penal”, Ed. Aranzadi, 1997, págs. 223 y 224. *Cit.* en García San Martín, J., “El control jurisdiccional del Indulto particular”, Tesis doctoral, Facultad de Ciencias Jurídicas ULPGC, Las Palmas de Gran Canaria, 2006, pág. 94

atribuida en los arts. 117 CE y siguientes, detalla cuál es el contenido de tales funciones en cuanto a su ejecución en el art. 18, apartados 1º y 2º⁴⁰⁵. Y, expresamente, las excepciona en el apartado 3º: *“Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio del derecho de gracia, cuyo ejercicio, de acuerdo con la Constitución y las leyes, corresponde al Rey”*.

Tal previsión, no es sino una salvaguarda de la reserva de ley orgánica que, para la regulación de la función jurisdiccional y la organización del poder Judicial organización, prevé el art. 122 CE, considerando de ello que el *derecho de gracia* afecta al núcleo esencial de la Administración de Justicia, tanto a efecto de su inclusión en el texto de la ley orgánica que la regula, como en el ámbito de las competencias exclusivas que el art. 149.1.5º prevé, para esta materia, a favor del Estado.

En cuanto a la competencia exclusiva del Estado prevista en el apartado 6º del art. 149.1: *“Legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas”* la cuestión a determinar sería si se considera al *derecho de gracia* dentro del ámbito material de la legislación penal y penitenciaria.

⁴⁰⁵ Art. 18, LOPJ:

*“1. Las resoluciones judiciales sólo podrán dejarse sin efecto en virtud de los recursos previstos en las leyes.
2. Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, declarada por el Gobierno, podrán expropiarse los derechos reconocidos frente a la Administración Pública en una sentencia firme, antes de su ejecución. En este caso, el Juez o Tribunal a quien corresponda la ejecución será el único competente para señalar por vía incidental la correspondiente indemnización”*

Tanto la legislación penitenciaria, como la penal, contemplan al indulto en sus previsiones normativas: en el Reglamento Penitenciario, en su art. 206 sobre el indulto particular⁴⁰⁶, y en el Código Penal, en sus arts. 4.3º, sobre la posibilidad de la tramitación de un indulto⁴⁰⁷ y 41.3º sobre el indulto como causa de extinción de la responsabilidad criminal⁴⁰⁸. Tales previsiones se efectúan por la incidencia que tiene el *derecho de gracia* en el ámbito normativo que dichas normas regulan.

Así, el indulto en el Reglamento Penitenciario, es considerado, junto a la libertad condicional, como un beneficio, sometido al cumplimiento de diferentes requisitos que deberán concurrir en el interno para hacerse acreedor de éste. Un beneficio vinculado a la reeducación y reinserción social, ordenado a la efectividad de los principios del art. 25.2 CE. Pero ello no significa que el *derecho de gracia* pertenezca al ámbito propio de la legislación penitenciaria, sino que su ejercicio despliega efectos en tal ámbito normativo.

⁴⁰⁶ Art. 206, Reglamento Penitenciario: "*Indulto particular*

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

a) Buena conducta.

b) *Desempeño de una actividad laboral normal, bien en el Establecimiento o en el exterior, que se pueda considerar útil para su preparación para la vida en libertad.*

c) *Participación en las actividades de reeducación y reinserción social.*

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

⁴⁰⁷ Art. 4.3, Código Penal: "*Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo"*

⁴⁰⁸ Art. 4.1.3, Código Penal: "*1. La responsabilidad criminal se extingue: 4.º Por el indulto"*

Si el *derecho de gracia* es una institución de referencia en la legislación penitenciaria para el cumplimiento de la finalidad constitucional de la pena –art. 25.2 CE-, no resulta difícil concluir que la competencia del Estado para la regulación penitenciaria deberá igualmente extenderse a las medidas que tal normativa prevé para la efectividad de tal finalidad. Y ello porque los beneficios previstos afectan a la totalidad del sistema y han de adoptarse con carácter general y de forma homogénea para todo el Estado y en el ámbito estatal de actuación, so pena de conculcarse el derecho a la igualdad jurídica de los internos, en el supuesto de que la regulación del *derecho de gracia* permitiese unos contenidos diferentes para cada Comunidad Autónoma.

Respecto a la legislación penal, la incidencia del *derecho de gracia* es, por su propia naturaleza jurídica, esencial. La norma penal reconoce la plena afección del ejercicio del *derecho de gracia* a su ámbito material al establecer, en su art. 130.4º, que éste determina la inexigibilidad de cumplimiento de la pena, al extinguirse con él su presupuesto subjetivo –la responsabilidad criminal-. El art. 130.4 del Código Penal traslada al ámbito de la responsabilidad penal los efectos del indulto, pues para su virtualidad requiere la existencia de una previa condena firme, pero la ejecución de la pena impuesta no se hace efectiva por la desaparición de su título de imputación.

La determinación de los hechos delictivos y su pena es una competencia exclusiva del Estado –81.1º rango orgánico, y 149.1.6º CE-. La extinción de la pena por la desaparición de la responsabilidad criminal, determina el ejercicio de la misma competencia del Estado. Pues si la norma penal es ejercicio del *ius puniendi* estatal, y se manifiesta su soberanía como Estado a través de tal ejercicio, el mismo origen soberano tiene el *ius non*

puniendi que comparte, con su antagónico, idéntica naturaleza. La norma penal y su excepción, por tanto, son expresión de la voluntad del Estado en exclusiva, no susceptible de ser distribuida territorialmente mediante atribuciones competenciales a las Comunidades Autónomas.

En consecuencia a lo expuesto, la regulación del ejercicio del *derecho de gracia*, reservada a ley en virtud del art. 62.i) CE, es competencia exclusiva del Estado, en tanto su ámbito material se encuentra dentro de los supuestos previstos en el art. 149.1.1º CE –“*regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales*”-, 149.1.5º CE –“*Administración de Justicia*”- y 149.1.6º CE –“*Legislación penal y penitenciaria*”-.

2.3.8.- Exclusión del Decreto-ley para regular el ejercicio del derecho de gracia

El art. 86 de la Constitución establece que:

“1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general.”

2. Los Decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario.

3. Durante el plazo establecido en el apartado anterior, las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia”

La posibilidad de la génesis de normas con rango de ley, emanadas del Gobierno, queda determinada por dos elementos: la concurrencia de la “extraordinaria y urgente necesidad”, y la limitación de las materias que pueden ser objeto de legislación de urgencia del Gobierno, excluyendo de tales disposiciones legislativas provisionales aquellas que afecten a “*instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general*”.

No obstante, tal limitación de materias debe conectarse con la reserva de ley y su alcance constitucional. Un Decreto-ley no es, formalmente, una ley emanada del Parlamento, sometida al procedimiento legislativo y la Constitución determina tal reserva como una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho⁴⁰⁹. Y si bien la reserva de ley determina un

⁴⁰⁹ STC 83/1984, de 24 de julio: “*el principio de reserva de ley entraña una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, cuyo significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de los representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos. El principio no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación*

ámbito exento de la acción normativa del Gobierno, éste se plantea con referencia a la potestad reglamentaria⁴¹⁰ que le atribuye la Constitución en su art. 97, de forma que la reserva de ley puede operar tanto respecto a la prohibición de regulación mediante normas reglamentarias, como a la exigencia de regulación mediante ley en sentido estricto, excluyendo normas que, aun con fuerza o rango de ley, no sean formalmente leyes emanadas del poder Legislativo.

La determinación de cuáles son las materias reservadas formalmente a ley, y su restricción como materias no susceptibles de ser reguladas por Decreto-ley, dependerá del carácter absoluto o relativo de tal reserva⁴¹¹. Tal carácter absoluto es el predicable de las materias reservadas a ley orgánica, o aquellas otras para las que la Constitución prevea *expresis verbis* la intervención de los órganos parlamentarios bajo forma de ley, pues la exigencia de ley formal no es consecuencia directa de la reserva

independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador"

⁴¹⁰ Art. 97, Constitución Española: "El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes"

⁴¹¹ STC 60/1986, de 20 de mayo: "Es cierto que la ley a la que se remiten los preceptos constitucionales antes dichos -con mayor intensidad en el primero y tercero que en el segundo- debe entenderse *prima facie*, según afirman los demandantes, como la norma que, con tal denominación y carácter, sea aprobada por los órganos a quienes la Constitución confiere el poder de legislar, es decir, la ley ordinaria aprobada por las Cortes Generales. Y tampoco es dudoso que entre las leyes de Cortes y los Decretos-leyes sólo hay identidad de rango normativo, pero no de naturaleza. Pero todo ello no significa que, en estos casos y en otros análogos, la norma fundamental prohíba toda intervención normativa por medio de Decretos-leyes. Si así fuera, carecerían de sentido los límites formales y materiales que respecto de los Decretos-leyes se establecen en el art. 86 de la Constitución. Que una materia esté reservada a la ley ordinaria, con carácter absoluto o relativo, no excluye *eo ipso* la regulación extraordinaria y provisional de la misma mediante Decreto-ley, porque, como ya hemos dicho en nuestra Sentencia número 111/1983, de 2 de diciembre, «la mención a la Ley no es identificable en exclusividad con el de ley en sentido formal». Para comprobar si tal disposición legislativa provisional se ajusta a la norma fundamental, habrá que ver si reúne los requisitos establecidos en el art. 86 de la Constitución y si no invade ninguno de los límites en él enumerados o los que, en su caso, se deduzcan racionalmente de otros preceptos del texto constitucional, como, por ejemplo, las materias reservadas a Ley orgánica, o aquellas otras para las que la Constitución prevea *expresis verbis* la intervención de los órganos parlamentarios bajo forma de ley"

de ley -«la mención a la Ley no es identificable en exclusividad con el de ley en sentido formal»⁴¹².

Excluidas de Decreto-ley las materias afectadas por reserva absoluta de ley, la regulación mediante Decreto-ley estará determinada por aquellas materias que el art. 86.1 CE establece como un ámbito exento de dicha tipología normativa: “*instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general*”, lo que, a los efectos del *derecho de gracia*, obliga a determinar si sobre éste concurre una reserva absoluta de ley formal –bien por su concreta mención en el art. 62.i) CE o por su inclusión como materia reservada a ley orgánica-, o, de no ser así, si se encuentra el *derecho de gracia* en alguno de los supuestos excluidos de Decreto-ley del art. 86.1 CE.

El art. 62.i) CE textualmente establece entre las funciones del Rey, la de “*Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales*”. Resulta de ello fácilmente perceptible que, para el constituyente, el ejercicio del *derecho de gracia* está reservado a ley. La cuestión, en primer lugar, estriba en determinar si tal reserva de ley es de las calificadas como absolutas, esto es, que su regulación exija de la intervención de los órganos parlamentarios, con forma de ley, mediante el procedimiento legislativo *ad hoc*.

Ciertamente, la expresión “con arreglo a la ley”, no determina de modo inmediato el carácter absoluto de la reserva. Una expresión similar en el

⁴¹² STC 60/1986, de 20 de mayo, *ob. cit.*

art. 103.2 CE “de acuerdo con la ley”⁴¹³ es considerada por el Tribunal Constitucional como reserva relativa de ley, no por el contenido material que era objeto de tal reserva, sino por la propia fórmula utilizada⁴¹⁴. El término que utiliza el constituyente para la exigencia de regulación por ley del *derecho de gracia*, no la cualifica, *per se*, como absoluta.

Deberá por ello traerse la reflexión ya realizada sobre la incidencia del ejercicio del *derecho de gracia* en materias reservadas a ley orgánica en el art. 81.1º CE. En el análisis efectuado, concluíamos que los derechos fundamentales afectados por el ejercicio del *derecho de gracia* llevan a afirmar que la ley que regula el indulto se encuentra en el ámbito material de reserva de ley orgánica del art. 81.1 CE. El *derecho de gracia* incide en los derechos fundamentales y libertades públicas de la Sección I, Capítulo I, Título I, y, concretamente en el derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24.1 CE, puesto que supone la inejecución de la sentencia, que forma parte del contenido esencial de la tutela judicial efectiva. En éste particular, el *derecho de gracia* se encuentra en el supuesto del art. 81.1 de la Constitución y exige ley orgánica para su regulación.

La reserva de ley orgánica del art. 81 CE, opera de forma excluyente, en las materias que se someten a tal garantía, sobre la posibilidad de ser

⁴¹³ Art. 103, Constitución Española: “2. Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley”

⁴¹⁴ STC 60/1986, de 20 de mayo (*ob. cit.*): “Tampoco tiene fundamento constitucional la invocación que los recurrentes hacen del art. 103.2 del texto fundamental para negar legitimidad al Decreto-ley en lo que concierne a los demás órganos de la Administración Central del Estado. En este punto, dada la fórmula contenida en dicho precepto -«de acuerdo con la ley»-, que no es otra que la de la llamada reserva relativa de ley que permite compartir la regulación de una materia entre la ley -o norma con fuerza y valor de ley- y el Reglamento, lo que ha hecho el Decreto-ley impugnado ha sido elevar de rango normativo y congelar legalmente buena parte de la materia de organización que con anterioridad estaba deslegalizada, operación perfectamente legítima según la Constitución, habida cuenta de la inexistencia en nuestro sistema de producción normativa de un principio de reserva reglamentaria, tal como, por lo demás, hemos declarado ya en nuestras Sentencias núms. 5/1981, de 13 de febrero y 18/1982, de 4 de marzo”

reguladas mediante Decreto-ley. Y si bien es cierto que no existe total y absoluta coincidencia entre las materias excluidas de Decreto-ley en el art. 86, y las materias reservadas a ley orgánica del art. 81.1, la reserva de ley orgánica operará siempre con carácter absoluto como límite para el Decreto-ley. Todas las materias reservadas a ley orgánica estarán por ello excluidas de Decreto-ley pero no todas las materias reservadas a ley están excluidas de Decreto-ley.

Pero aunque tal conclusión aboque a la imposibilidad de regulación del ejercicio del *derecho de gracia* mediante Decreto-ley, a la misma puede llegarse desde la restricción material del art. 86.1 CE: “... los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I”, en tanto el *derecho de gracia* determina una afección expresa de tales derechos como igualmente hemos puesto de manifiesto.

En conclusión, el ejercicio del *derecho de gracia*, sometido a reserva de ley en el art. 62.i) de la Constitución, no puede ser objeto de regulación mediante Decreto-ley y del Gobierno, por afectar a materias reservadas a ley orgánica del art. 81.1 CE, operando tan reserva de forma absoluta y excluyente respecto al Decreto-ley. Igualmente, el *derecho de gracia* se sitúa en el ámbito específico de afección de los derechos fundamentales, y por ello, entre los establecidos en el Título I de la Constitución, por lo que supone materia excluida de regulación mediante Decreto-ley.

Tal reserva de ley, respecto al *derecho de gracia*, hace innecesario que se plantee, si quiera a efectos dialécticos, la posibilidad de regulación de su ejercicio mediante normas reglamentarias emanadas del Ejecutivo. La remisión que realiza el constituyente, con la expresión “con arreglo a la ley”, en el art. 62.i) CE, determina el rango normativo de la norma que

debe regular el ejercicio del *derecho de gracia*, con exclusión de la regulación reglamentaria en el núcleo esencial de la institución. Ello no implica, por otra parte, que una vez determinada la norma con rango de ley que regula el ejercicio del indulto, pueda ser ésta desarrollada por el Ejecutivo mediante normas reglamentarias.

Así, en la ya citada Sentencia del Tribunal Constitucional 83/1984, de 24 de julio, la reserva de ley es “*una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho para asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción de ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos*”. La exclusión de normas reglamentarias no obsta a su existencia para complementar la ley, pero no puede suplir la exigencia constitucional de ésta.

2.3.9.- Contenido y alcance de la ley que debe regular el ejercicio del derecho de gracia

Según el textual del art. 62.i) CE, es función del Rey “*Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales*”. Tal dicción lleva a una reflexión sobre cuál es el contenido ordenado por parte del constituyente de la ley con arreglo a la cual el Rey debe ejercer el *derecho de gracia*.

La expresión “*Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley*”, conduce a una primera consideración sobre cuál es el contenido de dicha ley: deberá

establecer como ejerce el Rey el *derecho de gracia*, esto es, cuál es la función del Rey en relación con el ejercicio del *derecho de gracia*. La Constitución dice que es el Rey quien ejerce el *derecho de gracia*, y es esa la ley la llamada a regular la función del Rey, y cuál es el alcance de tal ejercicio, al que se deberá someter el Rey.

Y sólo ese es el contenido expreso que ordena la Constitución respecto a la Ley reguladora del ejercicio del *derecho de gracia*: el ejercicio de tal función por parte del Rey. No existe una remisión expresa a la concreta determinación del *derecho de gracia* ni al procedimiento que deberá ser seguido para la tramitación del beneficio de la *gracia*, y ni tan siquiera a la titularidad real del acto de concesión del indulto.

No obstante la posición constitucional del Rey no permite que una ley le pueda atribuir facultades decisorias respecto al *derecho de gracia*, ni situarlo como eje de ejercicio de la prerrogativa en cuanto a la concesión o denegación de la *gracia* del indulto exige de un procedimiento, el cual deberá culminar con la decisión sobre el indulto.

Haciendo abstracción de la norma que regula el indulto –Ley de 1870- y partiendo únicamente de la previsión constitucional sobre la existencia del *derecho de gracia* y el ejercicio de éste por el Rey, la necesidad de un procedimiento para la tramitación de la *gracia*, está en la propia naturaleza de la institución graciable. La consideración del supuesto de hecho, objeto y sujeto potencialmente beneficiario, exige la instrucción de un trámite donde se evidencien las circunstancias que puedan llevar a la decisión última sobre la concesión del indulto. La necesidad de que dicho procedimiento exista, y deba estar regulado, advierte de que es la ley a que se refiere el art. 62.i) CE la que establezca el mismo.

Igualmente el concepto de *derecho de gracia* en la Constitución es una incógnita, del cual solo prevé la prohibición de indultos generales en el último inciso del art. 62.i) CE. Si “*no podrá autorizar indultos generales*” –bien referido al Rey, bien referido a la ley reguladora, cuestión ésta que abordaremos con más detalle–, existen dos elementos que necesitan de una conceptualización: el *derecho de gracia* y el indulto general, éste último como especie o manifestación del *derecho de gracia*, prohibida de forma expresa.

Pero además, la existencia de un procedimiento para la concesión de un indulto, exige de la determinación de los órganos que deben instruirlo y tramitarlo, dotado de facultades de impulso que la ley deberá recoger de modo expreso. Ello porque el Rey no tiene atribuidas en la Constitución funciones de procedimiento en el *derecho de gracia* sino de “ejercicio” de la prerrogativa. Y “ejercer” no puede extenderse a tramitar y resolver, sino que se limita a su modo de participación en la determinación final sobre la concesión del indulto. Y sin que tampoco quepa entender que la participación del Rey se extienda a su denegación.

Ejercer el *derecho de gracia* es conceder el indulto, es la decisión en la cual se materializa la prerrogativa, y ésta solo cabe entenderla ejercida si tiene sentido favorable a la concesión. La denegación de la *gracia* del indulto no es parte del ejercicio del *derecho de gracia*, sino la decisión de no ejercer tal prerrogativa. Tal conclusión se alcanza por el contenido material del concepto *derecho de gracia*, que no significa la atribución de un derecho que permita la opción entre ejercerlo o no ejercerlo, sino que alude a un término único “*derecho de gracia*”, que solo se ejerce si se concede.

En otros términos, si se sustituyen el textual “*derecho de gracia*”, por el de clemencia o perdón, ejercer la clemencia es ser clemente y ejercer el perdón es perdonar, pues no se ejercen ni clemencia ni perdón –no se hacen efectivos- si no se concede u otorga. El ejercicio del *derecho de gracia* solo tiene una dimensión positiva: otorgar la *gracia*, pues si no se concede, no se ejerce. No ejercer la *gracia* determina mantener sin alteración alguna el *status quo* del condenado, de la pena y del sentido y finalidad ordenados por la norma penal. Pero por el contrario, ejercer la *gracia* determina la modificación del sistema punitivo, y los principios constitucionales que con el *derecho de gracia* se ven afectados, y por ello, interviene el Rey, como Jefe del Estado, para exteriorizar que tales alteraciones son voluntad del propio Estado. Si no se produce alteración no existe manifestación alguna que exteriorizar, ni es dable que el Rey deba intervenir.

La función de “ejercer el *derecho de gracia*” por tanto, determina que el Rey solo tiene la función constitucional de participar en el acto de la concesión de la *gracia*, y no en otros trámites. Solo en el momento de la realización efectiva del *derecho de gracia*, puesto que la denegación no supone tal ejercicio, sin que quepa apreciar una suerte de competencia residual o accesoria, adicional a la determinada por la Constitución, en tanto la posición del Rey en el Estado impide tal asunción.

Y el Ejercicio de la *gracia* va a requerir también de la determinación del poder del Estado que deberá ostentar la facultad material para otorgar el indulto pues la Constitución no lo establece pero resulta un elemento necesario para que pueda explicitarse el mismo. El Rey no puede tener la potestad de decidir la concesión o denegación de la *gracia*, pues por una parte, su denegación no es una función del Rey, y, por otra parte, su

concesión es un acto de poder, proscrito al Rey en nuestro esquema constitucional.

El Rey deberá participar en el acto de exteriorización de la voluntad del órgano del Estado que tiene que decidir el otorgamiento del indulto. Tal misión puede, o no, compartir la naturaleza de la función prevista en el art. 62.f) CE “*Expedir los decretos acordados en el Consejo de Ministros*”, que, la Ley de indulto de 1870, prevé en su art. 30: “*La concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en Real Decreto que se insertará en el Boletín Oficial del Estado*”.

La participación del Rey en el ejercicio de la prerrogativa de *gracia* por medio de la sanción del Decreto del Consejo de Ministros que concede el indulto, es una de las posibilidades de tal ejercicio, pero no la única. Si el constituyente hubiese pretendido delimitar la función del Rey sobre el *derecho de gracia* a la expedición del Decreto, no habría requerido de la previsión del art. 62. i), “*ejercer el derecho de gracia con arreglo a la Ley*”, pues tal previsión sería innecesaria a la luz del apartado f) del art. 62, pudiendo bien remitirse a ella o bien reiterarla como especialidad en la función concreta del *derecho de gracia*.

Pero el constituyente optó por la participación abierta del Rey respecto al ejercicio del *derecho de gracia*, sin restricción a la función de expedir Decretos del Consejo de Ministros. Y la indeterminación del ejercicio del Rey en el *derecho de gracia*, permitiría sustraer al Ejecutivo la potestad efectiva de *derecho de gracia* otorgar o denegar el indulto; que se determine como función expresa y diferenciada el ejercicio del *derecho de gracia* por parte del Rey, respecto a la genérica expedición de Decretos,

determina la opción de que el indulto no se articule como Decreto del Consejo de Ministros.

La importancia de la posibilidad de que el ejercicio efectivo del *derecho de gracia* pueda ser materialmente atribuido por ley a un poder distinto al poder Ejecutivo, conduce a la necesidad de que sea la ley mencionada en el art. 62.i) CE la que determine cuál es el poder y los órganos que estarán facultados para la decisión de conceder o denegar el indulto. Y tal contenido será, por tanto, uno de los elementos esenciales que dicha ley tiene encomendado por el constituyente determinar.

De lo expuesto se debe concluir que la ley con arreglo a la cual deberá el Rey ejercer el indulto, tiene la misión constitucional de determinar la insoslayable participación del Rey en la concesión –no en su denegación pues no es parte del ejercicio del *derecho de gracia* - y de qué modo se articula la participación del Rey. Y junto a tal contenido -expresamente ordenado por el constituyente-, existen unos elementos fundamentales que están implícitos en el reconocimiento constitucional del *derecho de gracia*: la determinación del poder del Estado que deberá ostentar la facultad material para otorgar el indulto; el procedimiento a seguir y los órganos competentes para ello; y los dos elementos que menciona el art. 62.i) CE, que necesitan de una conceptualización: el *derecho de gracia* y el indulto general.

Procede, además, efectuar una precisión sobre el último inciso del art. 62.i) CE: “*no podrá autorizar indultos generales*”. Tal redacción suscita la duda sobre el sujeto de la acción de no autorizar, esto es, si el Rey al ejercer el *derecho de gracia*, o la ley con arreglo a la cual el Rey ejerce el *derecho de gracia*. Ambas posibilidades caben desde la dicción del art.

62.i) CE por lo que una correcta interpretación va a depender de la naturaleza de la acción que constitucionalmente se encomienda al Rey y del contenido que deberá regular la ley.

El Rey ejerce el *derecho de gracia*, esto es, tiene participación formal en el acto de concesión del indulto. La concesión de un indulto general, en tanto prohibida por la Constitución, no puede ser parte del ejercicio del *derecho de gracia*, por lo que, en puridad, el Rey no podría, en ningún caso, autorizar un indulto general, pues no forma parte del único de los actos posibles del Rey: participar en la concesión del indulto no general - que, en la Ley de indulto de 1870, se denomina indulto particular-.

Si se entiende que el mandato “no podrá autorizar” se dirige a la ley, la cuestión se trasladaría al ámbito de lo que es propiamente normativo y lo que es aplicación de la norma. Autorizar es un acto de exteriorización de una decisión, habilitado por una norma. Pero la norma, en sí misma, no es la autorización, no es la aplicación del derecho, sino el precepto que habilitaría la posibilidad de autorizar –o de prohibir autorizar-; es el derecho mismo. La ley, en sí, no autoriza el indulto, pero puede acoger el mandato constitucional de que no se autoricen, en virtud de esa ley, indultos generales.

No obstante, la prohibición constitucional de los indultos generales, no requeriría de tal reiteración en la ley que regule el ejercicio del *derecho de gracia*, pues la mención expresa del art. 62.i) CE determina el pleno y expreso mandato para toda norma de rango inferior, y respecto a todo acto de los poderes públicos. Tal mención textual determina que para el constituyente la titularidad real de la potestad para ejercer el *derecho de gracia* no puede perjudicar la taxatividad del mandato, ora dirigido al Rey

–en su actuación formal- ora dirigido al legislador –para evitar todo atisbo de oscuridad en cuando a la regulación de las figuras que se integran en el *derecho de gracia* -.

Y en tal sentido –conjunto- podría interpretarse la mención “*no podrá autorizar*” del art. 62.i) CE: por una lado está concretando la función del Rey respecto al *derecho de gracia* (autorizar formalmente) y por otro, la prohibición, al legislador y al titular del ejercicio de la *gracia*, de poder autorizar –en acto y en norma- indultos generales. La delimitación en términos negativos, exentos del ejercicio del *derecho de gracia*, conlleva una concreción positiva sobre lo no prohibido: la acción en virtud de la cual se ejerce la *gracia* –autorización-, y la no prohibición de otro tipo de indultos -no generales-.





CAPITULO VII

MANIFESTACIONES DEL DERECHO DE GRACIA

1.- Manifestaciones del *derecho de gracia* en la Constitución

Exponíamos la necesidad de que fuese la ley reguladora del ejercicio del indulto la que determinase el concepto de *derecho de gracia* y el de una de las manifestaciones que éste contiene –el indulto general- pues para no autorizar tal figura, debe conocerse la misma. El art. 62.i) CE se refiere a dos instituciones: *derecho de gracia* e indulto general. Y su textual indica que en el ejercicio del *derecho de gracia* se prohíbe que se autoricen indultos generales.

El constituyente no ha determinado el contenido de ambas instituciones e identifica el indulto general como una forma de ejercicio del *derecho de gracia* que no se puede autorizar. De ello, se puede concluir que el *derecho de gracia* es una institución general, y, dentro de ella, existen diferentes manifestaciones, siendo, una de ellas, el indulto general, que es la única expresamente prohibida por la Constitución.

Si el constituyente se ocupa de prohibir una de las manifestaciones del *derecho de gracia*, implícitamente está admitiendo la posibilidad de que existan otras manifestaciones del *derecho de gracia*, y que éstas si están permitidas en el sistema constitucional. Por una parte, porque si la única

manifestación del *derecho de gracia* fuese el indulto general, y éste se prohíbe, no existiría posibilidad alguna de ejercer el *derecho de gracia* por parte del Rey, por lo que la previsión del art. 62.i) CE carecería de todo contenido y devendría en un absurdo reconocer en la Constitución que el Rey tiene una función la cual no se puede ejercer porque la misma está prohibida por la propia Constitución y en el mismo precepto⁴¹⁵.

De esta forma, el *derecho de gracia* tiene unas manifestaciones que el constituyente no explicita, pero que son diferentes al indulto general. Y, para poder advertir cuales son las manifestaciones permitidas, deberá saberse cuál es el contenido de la manifestación prohibida, la esencia que individualiza a la manifestación prohibida respecto al resto de las manifestaciones del *derecho de gracia* y qué la diferencia de éstas, para determinar, de todo ello, lo no prohibido por la Constitución, de entre las diferentes manifestaciones posibles de la *gracia*.

El contenido del *derecho de gracia* debe relacionarse con el concepto de indulto no general. Si la constitución no define el *derecho de gracia* es porque se asume el concepto de *derecho de gracia* como institución notoria, que no necesita de ser explicitado. Asume una institución tal y como existe en el momento de la génesis constitucional y, precisamente por ello, prohíbe una de las manifestaciones existentes del *derecho de gracia*: el indulto general. Es por ello que, para determinar el concepto de

⁴¹⁵ “El artículo 62 i) de la Constitución utiliza el término *gracia* como expresión de un género en el que se incluyen varias especies. Una de ellas es el denominado indulto general, expresamente prohibido; las otras no son objeto de mención nominal alguna, si bien la circunstancia de que aquel precepto excluya una de las variantes sólo puede significar que admite, cuando menos, alguna otra especie y que a ella (o a ellas) se circunscriben los instrumentos de la clemencia en la Constitución. No es difícil concluir, en efecto, que la prohibición del indulto general supone, a contrario, la posibilidad del indulto particular o singular. Así, las dos modalidades del indulto serían sendas especies del género *gracia*” Requejo Pagés, J.L., “Amnistía e indulto en el Constitucionalismo histórico español”, *ob. cit.*, pág. 81

derecho de gracia, deberá analizarse cuál es el contenido notorio del *derecho de gracia* –a partir de las instituciones que históricamente lo han conformado- y detraer de ésta el indulto general, para poder delimitarlo.

No obstante, resulta paradójico que la constitución prohíba al Rey que autorice indultos generales, pero que no prohíba la propia existencia del indulto general. Una lectura crítica del precepto llevaría a plantear que la prohibición se refiere a la autorización por el Rey –sometida a la ley- pero no se está prohibiendo la posibilidad de que otro poder del Estado pudiese autorizarlos. En tal caso el “ejercicio” del *derecho de gracia*, el cual corresponde al Rey, no alcanzaría al indulto general, pero fuera de tal ejercicio, podría plantearse la autorización de indultos generales que no fuesen ejercicio del *derecho de gracia*, por otros órganos.

Tal planteamiento, sin embargo, no resultaría admisible por cuanto del textual del art. 62.f) se desprende que el indulto general es parte del *derecho de gracia* y, por ello, solo cabría ser ejercicio por el rey dentro de tal prerrogativa. No cabría deslindar el indulto general del *derecho de gracia*, ni, por tanto, admitir que el indulto general quedase fuera de las manifestaciones de tal derecho, para ser ejercido por órganos o poderes diferentes al Rey. De esta forma, no es posible entender que el indulto general se pueda encontrar al margen del *derecho de gracia*, sino que está ínsito en éste, por lo que solo cabe impedir su virtualidad mediante la prohibición de que sean autorizados.

Por otra parte, de la dicción del art. 62.f) se desprenden dos funciones: ejercer el *derecho de gracia* y no autorizar indultos generales. Dentro del *derecho de gracia*, se encuentra la función de autorizar, y algo que podría autorizar son los indultos generales, si no estuviesen prohibidos por la

Constitución. El constituyente opta por prohibir su autorización por parte del Rey: prohíbe autorizar una de las expresiones del *derecho de gracia* -el indulto general-.

La fórmula utilizada por la Constitución, ciertamente, podría resultar mejorable advertida la indefinición del contenido del *derecho de gracia*. En lugar de optar por afirmar la vigencia constitucional del *derecho de gracia*, pero detrayendo de ella el indulto general, bien podría haberse optado por la autorización del indulto particular, única institución que parece subsistir tras la exclusión del indulto general, delimitando tal *derecho de gracia* en el indulto particular.

Para dotar de contenido la manifestación del *derecho de gracia* que se prohíbe, el constituyente no aporta ningún elemento que pueda servir como referencia sobre la causa de tal prohibición. La Constitución no contiene la justificación de dicha prohibición, ni tampoco el resto de las menciones al *derecho de gracia* que realiza el constituyente permiten apuntar a una concreción de lo que está prohibido y cuál es la motivación de dicha prohibición.

Su concepto, contenido, elementos y naturaleza sólo pueden advertirse desde la concepción e identificación tradicional del indulto general que, en los siglos XIX y XX, ha sido objeto de sucesivas prohibiciones, pero también, de una utilización continuada. Una institución denostada y a su vez, recurrente.

2.- El indulto general

Para conocer el significado y naturaleza del indulto general, hay que comenzar por la única norma vigente en el momento de la génesis de la Constitución que se ocupaba del *derecho de gracia*: la ley de indulto de 1870. Dicha norma no contiene, en toda su parte dispositiva, ninguna referencia directa al indulto general, ni para diferenciarlo del indulto particular ni para establecer los elementos comunes que pudieran ambas manifestaciones compartir. La Ley de indulto de 1870, se ocupa de la regulación del indulto particular, y, puede afirmarse desde dicha ley, que el indulto particular es una de las manifestaciones del *derecho de gracia*. Así lo indica el *nomen* del título: “Ley por la que se establecen las reglas para el ejercicio de la *gracia* de indulto”.

2.1.- Aproximación al concepto de indulto general

En su parte expositiva, la Ley de 1870 sí que realiza una aproximación al concepto de indulto general, en los siguientes términos: “*El indulto no debe concederse sino con pleno conocimiento de los hechos y de todas sus circunstancias, y después de un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir, bajo el aspecto de la justicia, de la equidad o de la conveniencia social. Por esto se prohíben en absoluto y se declara la nulidad de los que se concedan en términos generales y sin determinar la pena que se remite*”. Y *contrario sensu* el indulto general será aquel que se concede sin pleno conocimiento de los hechos y sus circunstancias, sin un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir,

bajo el aspecto de la justicia, de la equidad o de la conveniencia social; los que se conceden en términos generales y sin determinar la pena que se remite.

Continúa la Exposición de Motivos de la Ley de 1870 diciendo que: *“El artículo 74 de la Constitución prescribe que no se concedan amnistías e indultos generales sino en virtud de una ley especial. La forma y solemnidades, por lo tanto, de la concesión de estas gracias generales”*. Sobre los efectos de la amnistía y el indulto general: *“en último término vienen a ofrecer la importancia y a producir los efectos de una derogación transitoria de la ley penal”*.

De la transcrita Exposición de Motivos se puede advertir que dentro del *derecho de gracia* se encuentran dos manifestaciones diferentes, junto al indulto particular: el indulto general y la amnistía (denominadas *“gracias generales”*). Respecto al indulto general, de éste se indica que produce, la *“derogación transitoria de la ley penal”* -efecto que también se predica de la amnistía-, y su virtualidad se extiende desde el inicio de la proceso penal y durante su fase intermedia y juicio oral, y también a las condenas impuestas en sentencia firme, pues la derogación de la ley penal determina la inexistencia de tipo penal: si un hecho ha dejado de ser delito por derogación transitoria de la norma penal que lo tipificaba, no puede seguirse el procedimiento contra el imputado o procesado.

No obstante, que el efecto del indulto general en la norma penal sea su derogación transitoria es, cuanto menos, dudoso. La ilicitud del acto, ya sea presunta, ya sea declarada, es el presupuesto para la existencia del indulto -frente a la amnistía-, tanto en su manifestación como indulto particular -responsabilidad criminal declarada- como general -donde la

responsabilidad penal puede ser presunta-. El indulto no despliega su incidencia en la norma penal sino en las consecuencias punibles de tal norma penal respecto a los sujetos que se benefician de éste (bien como generalidad, en el indulto general, bien sujetos individualizados en el particular).

En el indulto, la norma penal existe y está vigente pero no se aplican las consecuencias jurídicas que ésta prevé⁴¹⁶. Ciertamente, existe una real afección a la previsión punible de la norma penal en el indulto pero éste se proyecta sobre el sujeto (uno concreto o determinable, según el tipo de indulto –general o particular-) extinguiendo la responsabilidad penal *ex delicto* que le es atribuible –presunta, en el caso del indulto general- con el beneficio de tal *gracia*. En la amnistía, el efecto se proyecta en la norma penal, mediante su derogación transitoria, y la consecuencia de tal acto normativo, es la inexistencia de hecho punible.

Igualmente, los elementos configuradores del indulto general se pueden advertir en la misma parte expositiva, por la descripción negativa que se realiza respecto al indulto particular: es indulto general el que no tiene en cuenta ni los hechos, ni las circunstancias, ni sus consecuencias, ni atiende a criterios de justicia, equidad o conveniencia social. Todos esos aspectos son los que deben tenerse en consideración para la concesión de un indulto particular –que, en definitiva, se determinan para un caso concreto, respecto a una persona concreta, y con referencia a criterios

⁴¹⁶ “El indulto, tanto general como particular, no actúa sobre la realidad jurídica de un acto calificado como ilícito, ni afecta a la ilicitud en cuanto tal, sino que opera sobre su sanción, sea para excluirla sea para mitigarla. Así las cosas, el indulto presupone siempre un ilícito que, a diferencia de lo que puede suceder con la amnistía, permanece incólume. Con él no se censura la norma calificadora de un acto como ilícito; simplemente se excepciona su aplicación en un caso concreto (indulto particular) o para una pluralidad de personas o supuestos (indulto general)” Requejo Pagés, J.L., “Amnistía e Indulto en el Constitucionalismo Histórico Español”, *ob. cit.*, pág. 83

que confluyen en las circunstancias particulares de un sujeto y hechos individualizados-. General, así, hace referencia a no particular, incluso a indiscriminado.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse, aunque solo en términos de referencia, sobre el significado del indulto general. En su Sentencia 79/1987 de 27 de mayo, se aprecian los elementos que configuran al indulto general, y los distingue del particular: tanto el indulto general como el particular extinguen la responsabilidad penal, pero el indulto general permite tanto el sobreseimiento libre –cuando la pena solicitada está dentro de las que alcanza el indulto total-, como la inexecución de la pena impuesta –si ha existido sentencia condenatoria- por lo que el indulto general puede aplicarse a penas no impuestas, lo que significa que cabe su aplicación anticipada, sin que exista expresa declaración de responsabilidad penal. El indulto particular exige de una responsabilidad penal declarada; el general de responsabilidad penal solo presunta⁴¹⁷.

⁴¹⁷ STC 79/1987, de 27 de mayo: “Sin embargo, debemos cuestionarnos si tal tesis podría ser aplicada, como se ha hecho en el presente caso. y sin merma de derecho fundamental alguno al inculpado que es absuelto por aplicación de un indulto y no por la inexistencia o falta de pruebas de los hechos imputados, o porque éstos no fueran constitutivos de delito. Es decir, no es clara la falta de interés cuando justamente declarada la existencia de unos hechos, calificados éstos como punibles e imputados a una persona, ésta luego no resulta condenada por la aplicación de un indulto general.

La aplicación de un indulto en rigor produce la inexecución de una pena y presupone normalmente una Sentencia condenatoria. Aunque con una desviación excepcional y anómala, los indultos generales, que la Constitución hoy prohíbe expresamente, han presentado un dual carácter de óbices de procedibilidad, obligando al sobreseimiento libre cuando las penas pedidas están comprendidas dentro de aquellas a las que alcanzara el indulto total o, en otro caso, como motivo de inexecución de la pena obligando a su aplicación simultánea o posterior a la Sentencia que se haya dictado o se dicte.

En cualquier caso el indulto extingue desde el punto de vista material, total o parcialmente, la responsabilidad penal, pero en unos casos se trataría de responsabilidad presunta y en otros de responsabilidad declarada. La terminación del proceso penal en este último tipo de casos, como el aquí enjuiciado, supone que el indulto no se aplica anticipadamente, sino que el proceso ha de concluir, tras el juicio oral, con Sentencia y que ésta forzosamente ha de resolver con carácter previo a la aplicación total o parcial del indulto, si el delito ha existido y la pena que le correspondería. En tal caso la construcción técnica de la Sentencia, de acuerdo a nuestra jurisprudencia penal, debería construcción técnica de la

2.2.- Los intentos de limitación del indulto general

Durante los dos últimos siglos, la conveniencia sobre la existencia de los indultos generales ha sido objeto de discusión, la cual ha tenido su reflejo en las normas constitucionales y de rango legal. Se han sucedido etapas en la historia reciente de prohibición de indultos generales, con otras en las que se utilizaron éstos de forma habitual.

Siguiendo a Requejo⁴¹⁸ el primer intento de limitación constitucional de los indultos generales se produjo con el art. 52.10º de la Constitución fallida de 1856, donde se establecía, entre las funciones del Rey, la de “*indultar a los delincuentes con arreglo a las leyes*”, proscribiéndose los indultos generales. El fracaso de la Constitución de 1856, determinó la restauración del texto constitucional de 1845, en el cual se matizaba el indulto general mediante un Acta adicional exigiendo para su concesión regia la autorización por ley especial “*además de los casos enumerados en el art. 46 de la Constitución, el Rey necesitará actuar autorizado por una ley especial: 1º Para conceder indultos generales y amnistías*”.

El Real Decreto de 7 de diciembre de 1866, prohibía la concesión de las penas no ejecutoriadas, así como la tramitación de solicitudes colectivas o de muchedumbres y los indultos generales. Tal norma, en palabras de Yáñez Román, constituyó “*una gran novedad tanto por lo exhaustivo y casuístico de su regulación, como por entrañar la más dura crítica que en*

Sentencia, de acuerdo a nuestra jurisprudencia penal, debería haber sido la de una Sentencia condenatoria con aplicación simultánea o posterior del indulto, y no, como ha ocurrido en el caso de autos, la de absolución del imputado”

⁴¹⁸ Requejo Pagés, J.L., “Amnistía e Indulto en el Constitucionalismo Histórico Español”, *ob. cit.*, pág. 89

un texto legal (concretamente en la Exposición a S. M. que precede al texto del R. D.), se haya hecho en nuestra patria a los denostados indultos generales inmotivados” prohibiéndose expresamente en el Real Decreto, art. 1, la concesión de indulto a penas no ejecutoriadas sino en casos extraordinarios, requiriendo un acuerdo expreso del Consejo de Ministros. En la Exposición de Motivos se indicaba que “la generalizada petición de indultos a prevención o de penas no ejecutoriadas, llegando el abuso ya a tal punto, que no solo pendiente la tercera instancia o la segunda, sino la primera y aun sin concluir el sumario, se solicita el indulto, o desde luego o para cuando se imponga la pena, como si el fin del indulto fuera ya no sustraer a la pena, sino al juicio”⁴¹⁹.

La limitación de los indultos generales mediante el Acta adicional a la Constitución de 1845 resultaba una novedad respecto a lo que, desde la Constitución de Cádiz, venía siendo tradición, reconduciéndolos en su ejercicio a la exclusiva voluntad del Parlamento. En la Constitución de 1869 se reiteraba en lo esencial tal limitación en su art. 74, que exigía la previa autorización, por ley especial, para que el Rey pudiera “conceder amnistías e indultos generales”.

No será hasta la Constitución de la II República⁴²⁰ cuando el indulto general resulte expresamente proscrito en el texto constitucional. En el

⁴¹⁹ Yáñez Román, P.L., “La condena condicional en España Apuntes para su historia”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 25, Mes 2, Ministerio de Justicia, 1972, págs. 305-424

⁴²⁰ Con excepción del Proyecto de Ley de 1900, siendo Ministro el Conde de Torrealanz, sobre condena condicional, donde, según Yáñez Román “la finalidad perseguida por el pre-legislador con la introducción de la condena de ejecución condicionada aparece corroborada por el preámbulo del mismo Dictamen de la Comisión, por cuanto, de un lado, ha de tranquilizarse a “algunos espíritus no acostumbrados a profundizar la raíz y el alcance de las cuestiones, los cuales sentirán inquietud y alarma creyendo que a lenidades reprobables de nuestros Tribunales de justicia vamos nosotros a añadir un nuevo margen para otras lenidades” (objeción que se diluye con el argumento de que la ley otorga únicamente a los Tribunales “la facultad”, “no la obligación” de aplicarla siempre y en todo caso, aparte, claro está, de las restricciones legales derivadas de los requisitos previstos en los arts. 1.º y 3.º, así como de las excepciones del art. 5.0

Anteproyecto de Constitución de julio de 1931 se atribuye a las Cortes la competencia para conceder amnistías e indultos generales y otorga al Presidente del Tribunal Supremo la facultad de conceder los indultos particulares. La regulación definitiva del indulto se contendrá en el art. 102 de la Constitución, en el cual respecto a los indultos generales dice: *“Las amnistías sólo podrán ser acordadas por el Parlamento. No se concederán indultos generales. El Tribunal Supremo otorgará los individuales a propuesta del sentenciador, del Fiscal, de la Junta de Prisiones o a petición de parte. En los delitos de extrema gravedad podrá indultar el Presidente de la República, previo informe del Tribunal Supremo y a propuesta del Gobierno responsable”*⁴²¹.

Requejo Pagés⁴²², al analizar el trámite parlamentario de la Constitución republicana de 1931, indica que: *“El indulto general, entendido como perdón en masa, indiscriminado y huérfano de una motivación política de interés general supondría, en 1931, dejar inerte a la sociedad frente al delincuente; y habría de suponer, en el futuro, una vez realizadas las reformas legales proyectadas por la República, privar al delincuente de su derecho a la pena”*.

del Proyecto y del Dictamen), y, de otro, “si a cambio de esta ley, podemos conseguir la supresión total de los indultos generales, verdadera y censurable lenidad que hace infructuosa, por su frecuencia perturbadora, la acción de la justicia, bien podríamos gloriarnos de haber realizado una de las obras más importantes de las que reclaman entre nosotros el derecho y la justicia” Yáñez Román, P.L., “La condena condicional en España Apuntes para su historia”, *ob. cit.*, pág. 320

⁴²¹ Jiménez de Asúa, en su intervención en el debate constituyente, se mostró contundente contra los indultos generales: *“o es la impunidad o es el jubileo de los delitos”*. En sus palabras *“(…) la pena debe tener dos funciones: máxima y soberana la primera, la más descollante; y accesoria y secundaria, si queréis, la segunda, pero eficaz para la defensa social. Es la primera la corrección, la enmienda; es la segunda, la inocuización. Estoy profundamente convencido que nuestras cárceles hoy no cumplen la primera; pero, al menos, sí cumplen la segunda, inocuizan al sujeto, practican la defensa social de todos. Estas razones nos llevan a decir que el indulto general no tiene motivos de existir”* Requejo Pagés, J.L., “Amnistía e Indulto en el Constitucionalismo Histórico Español”, *ob. cit.*, pág. 97

⁴²² Requejo Pagés, J.L., “Amnistía e Indulto en el Constitucionalismo Histórico Español”, *ob. cit.*, pág. 97

Durante el franquismo, la práctica de concesión de indultos generales resultó constante. Yárez Román⁴²³ destaca los siguientes: el Decreto 2326/1971, de 23 de septiembre, con motivo del XXXV aniversario de la exaltación a la jefatura del Estado; el Decreto-ley 10/1969, de 31 de marzo, valiéndose de la prescripción para indultar todos los delitos que hubieran sido cometidos con anterioridad al 1 de abril de 1939, sin que implicase la cancelación de los antecedentes penales, ni la eliminación o desaparición de sus efectos administrativos; el de 1 de abril de 1964, con motivo de los XXV años de paz, que sí determinó la cancelación de los antecedentes penales; el Decreto-ley de 24 de junio de 1963, con motivo de la coronación de Pablo VI; el Decreto-ley de 11 de octubre de 1961, con motivo del XXV aniversario de la exaltación a la jefatura del Estado del general Franco; el Decreto-ley de 31 de octubre de 1958, con motivo de la elevación al Solio Pontificio de Juan XXIII⁴²⁴.

Por último, durante la transición se concedieron dos indultos generales mediante Decreto 2940/1975, de 25 de noviembre⁴²⁵, con motivo de la proclamación de Su Majestad Don Juan Carlos de Barbón como Rey de España, y mediante Real Decreto 388/1977, de 14 de marzo⁴²⁶. Resulta

⁴²³ Yárez Román, P.L., "la condena condicional en España. Apuntes para su historia", *ob. cit.*, pág. 398

⁴²⁴ Otros indultos generales fueron los concedidos el 9 de octubre de 1945, con motivo del IX aniversario de la exaltación de Franco a la Jefatura del Estado; 17 de Julio de 1947 para conmemorar la ratificación de la ley de Sucesión a la Jefatura del Estado; 8 de diciembre de 1949, con motivo del Año Santo; 1 de mayo de 1952, para conmemorar el Congreso Eucarístico de Barcelona; 34 de julio de 1954, con ocasión del otro Año Jacobeo; 2 de octubre de 1961, para conmemorar el XXV aniversario de la exaltación de Franco a la Jefatura del Estado; 25 de Julio de 1965, con ocasión del Año Jubilar compostelano.

⁴²⁵ El art. 1 dice: "*Se concede indulto de las penas y correctivos de privación de libertad, pecuniarias y de privación del permiso de conducción impuestas o que puedan imponerse por delitos y faltas previstos en el Código Penal, Código de Justicia Militar y Leyes penales especiales, por hechos cometidos con anterioridad al día veintidós' de noviembre de mil novecientos setenta y cinco...*", exceptuando los delitos de terrorismo y monetarios en su arts. 3 y 4

⁴²⁶ Indulto General que es complementario a la Ley de Amnistía de 1977. En su parte expositiva indica que se trata de "*un indulto general para las penas impuestas o que pudieran imponerse por delitos de intencionalidad política que, estando en principio excluidos de aquella amnistía, lo estuvieron también de*

de interés, a efecto de una conceptualización de los indultos generales, señalar las notas que identifican su naturaleza: la aplicación general, sin una referencia a circunstancias personales ni a los sujetos beneficiarios, y el momento procesal en el cual se aplica del indulto general, referido a los procedimientos no concluidos⁴²⁷.

2.3.- Rasgos definitorios del indulto general

Las notas distintivas del indulto general, a la vista del contenido de las normas que declararon tales indultos, son las siguientes:

a.- El carácter genérico del indulto general, indeterminado respecto a los sujetos que son beneficiarios del mismo:

Como puede advertirse, el indulto general se refiere a las penas, y no a los individuos. Así, el art. 1 Decreto 2940/1975, de 25 noviembre, dice: “*Se concede indulto de las penas (...)*”. Sin referencia alguna a quienes cometieron los hechos, ni a las circunstancias de tal comisión. Resultan

indultos generales anteriores, doble exclusión que podría llevar, si persistiera, a situaciones de desigualdad”

⁴²⁷ V. gr., el art. 8.1 del Real Decreto 388/1977, prevé que: “*En las causas que se sigan en la jurisdicción ordinaria por cualquier tipo de delitos o faltas a los que se extiendan alguno de los indultos concedidos por este Real Decreto, serán aplicados éstos sin necesidad de celebración de juicio oral, previo dictamen del Ministerio Fiscal, en el que sucintamente se establezcan el hecho, la calificación jurídica y la pena procedente, cuando ésta resulte totalmente indultada, dictándose, en tal caso, sin más trámites, el auto de sobreseimiento libre previsto en el número tercero del artículo seiscientos treinta y siete de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por el Tribunal o Juez competente. Estando personadas en la causa otras acusaciones, sólo se aplicará el indulto anticipado al que se refiere la primera parte de este párrafo, cuando todas ellas soliciten penas comprendidas en el indulto total”*

beneficiarios del indulto aquellas personas cuyas penas y delitos sean los comprendidos en el ámbito del indulto general concedido, y excluye de la *gracia* determinados delitos.

Desde tal objetividad, en cuanto al ámbito del indulto general, resultan obviamente ineficaces los criterios constitucionales que fundamentan la pena en el art. 25.2 CE (la reeducación y la resocialización), puesto que el beneficiario del indulto general lo es sin atender a su situación –esto es, sin previa determinación de su disposición personal respecto a tales criterios-. Igualmente, quedan vacías de contenido todas las premisas que determinan el indulto particular: el arrepentimiento del sujeto y la conducta del condenado. Además, la justificación de la *gracia* en el Estado de Derecho –la justicia, la equidad y la conveniencia social en la concesión- pierde toda su virtualidad al abandonarse las circunstancias del individuo –para considerarlo como posible acreedor del beneficio del indulto si la justicia, equidad o conveniencia social así lo aconsejasen-, para centrarse en el delito, convirtiendo en indiscriminada la concesión del indulto general⁴²⁸.

⁴²⁸ “La prohibición de conceder indultos generales se encontraba ya en el artículo 4º del Real Decreto de 7 de diciembre de 1866, que precedió a la Ley de 1870. Según el Preámbulo de dicho Real Decreto, que se debe a la pluma del que fue Presidente de este Tribunal Supremo Lorenzo Arrazola, los indultos generales que se prohíben son aquellos en los que el motivo de la gracia es independiente de la voluntad del penado; por ejemplo los concedidos por faustos sucesos, repetidos cada año, con los que el criminal contaba o puede contar de antemano para medir la duración real de su penal y la posibilidad de eludirla. No se consideraban en consecuencia indultos generales los que se conceden a una multitud de personas, sino los indultos de multitud no motivados. Entiende el Preámbulo del Real Decreto de 1866 por indultos no motivados algo distinto de lo que se considera en la actualidad. Son “no motivados” los “no fundados en hechos personales plausibles y meritorios: examen que hace descender para la aplicación de la gracia a la conducta y hechos individuales de los penados, en cuyo caso el indulto general con forma general o colectiva es individual”. Voto particular del Magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, en Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Pleno, de 20 de noviembre de 2013

b.- El indulto general no requiere de la declaración de responsabilidad penal en sentencia firme

La concesión de un indulto general beneficia tanto a los condenados en sentencia firme, como a todos aquellos que se encontrasen procesados por alguno de los delitos a los que se extiende la concesión. Así, puede comprobarse en el art. 8.1 del Real Decreto 388/1977, de 14 de marzo: *“En las causas que se sigan en la jurisdicción ordinaria por cualquier tipo de delitos o faltas a los que se extiendan alguno de los indultos concedidos por este Real Decreto, serán aplicados éstos sin necesidad de celebración de juicio oral”*.

Como así lo define la norma transcrita, el indulto general es un indulto anticipado⁴²⁹ que opera sin necesidad de declaración de responsabilidad criminal del sujeto encausado en sentencia firme condenatoria. Pueden beneficiarse del indulto general incluso aquellos que no han cometido el delito que se les imputa, siempre que dicho delito se encuentre en el ámbito objetivo del indulto general.

El beneficio del indulto general, determina que éste se concede sin que operen motivos o circunstancias personales del beneficiario, y alejado de todo criterio de justicia o equidad en su concesión, pues incluso los no culpables gozarán del sobreseimiento libre que opera *ipso iure* con la concesión del indulto general.

⁴²⁹ Sobre el indulto anticipado y los problemas suscitados en el ámbito procesal penal por el Real Decreto 2940/1975, de 25 de noviembre, de Indulto General *“en lo tocante a la aplicación anticipada del derecho de gracia, todavía no resuelto de manera unánime y definitiva. Las variadas fórmulas a que acuden los Tribunales, en perjuicio de la unidad de criterios, nos mueve a sumar nuestro esfuerzo en pro de la hasta ahora no lograda uniformidad”*, vid. Alonso Prieto, L., “El Indulto Anticipado”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1051, 1976, págs. 3-9

Este elemento distintivo del indulto general, evidencia el abandono del criterio de fundamentación de los indultos del art. 4.3 del Código Penal, en el cual se considera la conveniencia de solicitar la *gracia* en virtud del resultado de la aplicación de la norma penal en sentencia, respecto a un individuo determinado, que ha sido condenado por una acción u omisión que pudiera no ser punible o cuando la pena impuesta resulte excesiva, según el mal causado y sus circunstancias personales⁴³⁰.

Igualmente, se impide una declaración de no culpabilidad en sentencia, pues el beneficio del indulto general determina la no conclusión de las actuaciones penales y su sobreseimiento⁴³¹, advirtiéndose claramente la conculcación de los derechos fundamentales del art. 24 CE: derecho a la tutela judicial efectiva⁴³² y derecho a un juicio justo, a la defensa y a la presunción de inocencia. El beneficio del indulto general, pasaría a constituir una infracción del derecho fundamental de aquel beneficiario cuyo interés fuese, no el sobreseimiento libre de la causa por el indulto, sino la expresa conclusión absolutoria en resolución judicial firme.

⁴³⁰ Art. 4.3, Código Penal: *“Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo”*

⁴³¹ En este sentido, la ya citada STC 79/1987, de 27 de mayo, expone el interés del recurrente en amparo ante el Tribunal Constitucional, respecto a la incidencia del Indulto General en el derecho a la resolución final de un procedimiento penal: *“Sin embargo, debemos cuestionarnos si tal tesis podría ser aplicada, como se ha hecho en el presente caso. y sin merma de derecho fundamental alguno al inculpado que es absuelto por aplicación de un indulto y no por la inexistencia o falta de pruebas de los hechos imputados, o porque éstos no fueran constitutivos de delito. Es decir, no es clara la falta de interés cuando justamente declarada la existencia de unos hechos, calificados éstos como punibles e imputados a una persona, ésta luego no resulta condenada por la aplicación de un indulto general”*

⁴³² Art. 24.1, Constitución Española: *“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión (...)”*

Por otra parte, el indulto general, a la luz del vigente Código Penal, tiene el efecto de la extinción de la responsabilidad criminal que prevé su art. 130.4 respecto al delito y al delincuente. Pero si el procedimiento penal no ha concluido, al operar el beneficio del indulto general antes de que existiese pronunciamiento sobre la responsabilidad penal, en puridad no puede declararse la extinción de la responsabilidad que es hipotética o potencial, pero no efectiva.

De esta forma, el efecto previsto en los Decretos de concesión de indulto general para aquellos procedimientos penales no concluidos o en curso, es el del sobreseimiento libre de la causa respecto al procesado, que se prevé en el art. 637 LECrim.⁴³³, sin referencia al indulto como causa del sobreseimiento libre de las actuaciones, frente a otros preceptos de la norma de procedimiento, donde subsiste la referencia al indulto⁴³⁴ –el

⁴³³ Art. 637, Ley Enjuiciamiento Criminal: *“Procederá el sobreseimiento libre:*

1.º Cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa.

2.º Cuando el hecho no sea constitutivo de delito.

3.º Cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores”

⁴³⁴ *“En el caso en que las partes acusadoras, en trámite de calificación definitiva, modifican la extensión o naturaleza de las penas solicitadas, adecuándolas a los límites comprendidos en el indulto total. Se pregunta ahora, ¿cómo va a operar el derecho de gracia? Más concretamente, si puede anticiparse eludiendo la sentencia; si de pronunciarse ésta debe ser absolutoria a causa del indulto; o si, inevitablemente, hay que diferir su aplicación a la ejecutoria (...) Su verdadero emplazamiento hay que buscarlo en el artículo 112 del Código Penal, 666 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la específica regulación del Indulto General contenida en el Decreto de 1975. La lectura de estos preceptos revela claramente no sólo que el indulto es una forma de extinción de la responsabilidad penal, cosa, bien elemental y sabida, sino lo que es más importante: que puede esgrimirse en juicio como excepción previa y eventualmente, como fundamento de una sentencia absolutoria. El artículo 666 configura procesalmente el indulto como una excepción susceptible de conocimiento y pronunciamiento previo a la sentencia, lo cual descubre bien claramente que el concepto institucional no descansa necesariamente en la condena. El indulto como anticipación es algo que está bien claro en la Ley y lo está de modo general, institucional. No sólo eso, el artículo 668 faculta a las partes para reproducir en juicio oral las excepciones desestimadas en el artículo de previo pronunciamiento, lo cual conlleva la afirmación de que el indulto puede ser esgrimido como excepción en trámite de juicio oral para que la sentencia se pronuncie sobre ella expresamente, so pena de incurrir en elemental incongruencia (art. 742: «en la sentencia se resolverán todas las cuestiones que hayan sido objeto de juicio»)”* Alonso Prieto, L., *“El Indulto Anticipado”*, ob. cit., págs. 4 y 5

cual debe entenderse referido al general-, como forma de terminación del procedimiento –como artículo de previo pronunciamiento-⁴³⁵.

c.- El indulto general no supone la derogación transitoria de la norma penal

La Exposición de Motivos de la Ley de indulto de 1870, indica –como ya se ha expuesto- que el indulto general –al igual que la amnistía- “*en último término vienen a ofrecer la importancia y a producir los efectos de una derogación transitoria de la ley penal*”. Sin embargo, cabe discrepar de tal manifestación, en la medida que el indulto general no despliega sus efectos sobre la norma penal –al menos directamente-, sino sobre la previsión punible que contiene la misma. Con el indulto general la ley penal permanece incólume respecto a la previsión de elementos del tipo y su sanción penal, pero no se ejecuta la pena prevista.

La inejecución de la pena, cuando el indulto general afecta a procesos penales en los que no se ha llegado a la declaración de responsabilidad criminal en sentencia, no perjudicaría a la norma penal, ni tan siquiera en cuanto a la sanción que prevé la ley, ya que la misma, al no existir una resolución firme condenatoria, no sería aplicable en tal momento procesal. Por el contrario, en procesos penales concluidos con sentencia

⁴³⁵ Art. 666, Ley Enjuiciamiento Criminal: “Serán tan sólo objeto de artículos de previo pronunciamiento las cuestiones o excepciones siguientes:

1.ª La de declinatoria de jurisdicción

2.ª La de cosa juzgada.3.ª La de prescripción del delito

4.ª La de amnistía o indulto.

5.ª La falta de autorización administrativa para procesar en los casos en que sea necesaria, con arreglo a la Constitución y a Leyes especiales”

firme condenatoria, la incidencia del indulto general sería la misma que la del indulto particular, pues el efecto sobre la norma penal, en cuanto a la inejecución de la pena prevista a un tipo penal del cual es culpable su beneficiario, no difiere por el carácter general o particular del indulto concedido.

No cabe por ello identificar -en este aspecto- a la amnistía y al indulto general pues se trata de diferentes manifestaciones de la misma *gracia*, con una naturaleza jurídica dispar; la amnistía como acto del Legislativo que crea una norma que excepciona a la vigente, y el indulto como acto del Ejecutivo, que impide los efectos de la norma penal. Así, la amnistía es un acto normativo de carácter transitorio con efecto derogatorio de la norma penal vigente. En el indulto general la norma penal existe y está vigente pero no se aplican las consecuencias jurídicas que en ésta se prevén respecto a los sujetos a quienes beneficia (bien como generalidad en el caso del indulto general, bien como sujetos individualizados en el del indulto particular).

Sin embargo la amnistía y el indulto general sí que comparten el mismo ámbito de generalidad y no concreción del beneficiario de la *gracia* puesto que despliegan sus efectos sobre un universo indeterminado de sujetos en los cuales concurren las circunstancias objetivas del delito cometido, a los cuales se extiende el beneficio de la *gracia*. Y ambas manifestaciones tienen su correlativa incidencia en la justicia y equidad, pues se orillan.

d.- El indulto general no se fundamenta en la justicia y la equidad

El indulto general no es la corrección de la norma penal injusta que se determina en el Código Penal para la solicitud de Indulto por parte del tribunal sentenciador. Véase la relación de efemérides que sirven como justificación para la concesión de indultos generales en la más reciente historia de España: la Proclamación de S.M. D. Juan Carlos I como Rey de España, el IX aniversario de la exaltación de Francisco Franco como Jefe del Estado, el congreso eucarístico de Barcelona, el año jubilar, etc. La concesión de indultos generales es una manifestación del poder del Estado, ejerciendo de forma indiscriminada tal poder; una expresión de la magnificencia del Estado.

Es el mismo acto que, en el absolutismo, determinaba la decisión sobre el perdón sin sujeción a pauta alguna, ejercido por el soberano, titular del derecho a castigar y del derecho a perdonar. El indulto general no es sino una involución hacia el concepto de la *gracia* anterior a la génesis del Estado de Derecho. El Estado se sitúa en posición de titular real del poder soberano, y se personaliza tal poder en el titular concedente del indulto general, sin necesidad de una justificación sobre la necesidad o la conveniencia para el Estado de tan libérrima concesión.

Cuando el poder del Estado se dividió en tres poderes diferentes, con el nacimiento del Estado de Derecho, la injerencia de un poder sobre los restantes –la cual se advierte *prima facie* con el ejercicio del *derecho de gracia*– necesitó de una justificación superior, al menos de igual rango que el principio que inspiraba la separación de los poderes, para poder permitir tan injerencia, sin menoscabo de los fundamentos esenciales del

incipiente Estado de Derecho. La justicia, como aspiración a la cual tiende el derecho –y éste, manifestación de la soberanía-, servía como elemento de encaje del *derecho de gracia* en el Estado de Derecho pues tenía la entidad suficiente como para poder excusar la excepción de uno de los elementos fundamentales del nuevo Estado: la separación de los poderes.

Igualmente, el imperio de la ley, piedra angular sobre la cual descansa la construcción doctrinal del Estado de Derecho, se veía dislocado con el mantenimiento del *derecho de gracia*, reminiscencia del otrora poder absoluto y soberano, exento de la ley –pues su manifestación era la ley misma-. Solo la justicia podría servir como un fundamento válido para excepcionar a la ley, y solo en situaciones particulares la ley no es una expresión de justicia, por lo que, solo para dichas situaciones se puede excepcionar la ley, en pro del valor superior de la justicia.

Por último, la atribución abstracta de la soberanía a colectividades que no pueden materializarla en decisiones soberanas concretas –soberanía nacional, soberanía popular-, alejó al *derecho de gracia* de ser la pura manifestación de soberanía de su titular, que caracterizaba el ejercicio del poder en el Estado absoluto –pues en el absolutismo el ejercicio del *derecho de gracia* no planteaba problema alguno al ser expresión de la voluntad soberana del rey-.

El advenimiento de las nuevas formas de atribución de la soberanía impedía que el *derecho de gracia* fuese una de las manifestaciones del ejercicio de soberanía por parte de sus titulares –nación, pueblo- porque simplemente, no existen modos de articular las formas directas del ejercicio de soberanía por parte de entes abstractos, que requieren de los

cauces representativos del sistema democrático. El *derecho de gracia* no es expresión directa de la voluntad soberana del Estado, por lo que, con su ejercicio, un poder no soberano –constituido– se irroga la facultad soberana del perdón, de la excepción de la ley, del *ius non puniendi*. Y tal disfunción solo puede admitirse si se justifica; y es en la justicia donde se residencia su justificación.

El indulto general, en cuanto abandona toda referencia a la justicia, se deslegitima en el Estado de Derecho. El *derecho de gracia* necesitaba una excusa para existir en el Estado de Derecho, y ésta se residenció en la justicia, la equidad y la conveniencia social. Y el indulto general, no sólo no se referencia en tales principios, sino que es alarde del ejercicio indiscriminado del poder advirtiendo de su imposibilidad de pervivencia en nuestro modelo constitucional⁴³⁶. Y por ello, fue proscrito.

3.- El indulto particular

Existen así, dos manifestaciones determinadas normativamente sobre el *derecho de gracia*: indulto general –prohibido por la Constitución– e indulto particular –regulado en la Ley de indulto de 1870–. Como antes indicábamos, si el constituyente se ha ocupado de prohibir una de las

⁴³⁶ Auto TC 32/1981, de 25 de marzo: “La pretensión contenida en la demanda que da origen al presente recurso es la de que se conceda y aplique al recurrente el indulto general concedido por R. D. 2940/75, de 25 de noviembre. La aplicación de las medidas generales de gracia, definidas en cada caso por los términos de la concesión y prohibidas hoy por norma constitucional expresa (art. 62 i) de la Constitución) correspondía a los Tribunales ordinarios y no a este Tribunal, cuyo rasgo definitorio más característico es, precisamente, el de ser intérprete supremo de una Constitución que instaura un orden jurídico-político dentro del que carecen de sentido y resultan inadmisibles esas medidas generales de gracia. La falta de jurisdicción es, por tanto, manifiesta y puede fundamentar por sí sola la inadmisión del recurso” (Fundamento Jurídico 2º)

manifestaciones del *derecho de gracia*, implícitamente está admitiendo la posibilidad de que existan otras manifestaciones del *derecho de gracia* permitidas en nuestro sistema constitucional. Porque si la única manifestación del *derecho de gracia* fuese el indulto general, y éste se prohíbe, no existiría posibilidad alguna de ejercer el *derecho de gracia* por parte del Rey. El *derecho de gracia* tiene unas manifestaciones que el constituyente no explicita, pero que son diferentes al indulto general.

La exclusión del indulto general, que es una manifestación del ejercicio del *derecho de gracia*, permite advertir que el indulto –entendido como concepto genérico– forma parte de tales manifestaciones, y que sólo una de ellas, el indulto general, es la proscrita en la Constitución. Si existen otras formas de indulto –diferentes al indulto general– éstas no estarían en el ámbito de exclusión que expresamente establece el constituyente, siempre que éstas formas de indulto no compartan aquellos elementos esenciales que determinan e individualizan al indulto general y que lo diferencian de las otras formas de indulto, pues son tales elementos la causa de su prohibición constitucional.

Así, la concreción de los elementos que determinan ser la causa de la prohibición del indulto general, sirven para establecer la frontera entre lo admisible e inadmisible, en nuestra Constitución, respecto al indulto como manifestación del *derecho de gracia*. El indulto no general, será admisible mientras no comparta aquellos contenidos del indulto general que han sido proscritos.

La Constitución no explicita los motivos que llevan a prohibir el indulto general. Pero, del análisis antecedente, se puede concretar que éstos se sitúan en el abandono de toda referencia a la justicia, y ello lo deslegitima

en el Estado de Derecho. Si el indulto, por su propia naturaleza, supone una ruptura con el esquema de división de poderes, con el principio de legalidad y el imperio de la ley, y afecta a los derechos fundamentales, el ejercicio de tal instituto sin referencia en el único argumento que existe para su justificación –los criterios de justicia- sitúa al indulto extramuros del Estado de Derecho. Y ello porque la justicia es un valor superior del ordenamiento jurídico y desde tal posición, puede ser la excusa para las disfunciones constitucionales que suponen su existencia⁴³⁷.

3.1.- Pautas de admisibilidad del indulto particular

El indulto por lo tanto, es admisible como manifestación del *derecho de gracia* en nuestra Constitución, siempre que no comparta los elementos definitorios del indulto general esto es, las pautas para la admisibilidad del indulto serían:

a.- El indulto debe plantearse como beneficio individualizado, sobre un sujeto determinado y en unas circunstancias concretas

El indulto debe atender a la situación personal de quien puede llegar a ser beneficiario del mismo, la determinación de su disposición respecto al delito cometido y su arrepentimiento. Además de a las circunstancias

⁴³⁷ Art. 1.1, Constitución Española: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”

del delito por el cual ha sido condenado, la trascendencia de la pena en el condenado y su virtualidad en cuanto a la finalidad de resocialización y reeducación a los que debe ordenarse la pena. El indulto, por ello, se deberá fundamentar en la justicia, la equidad y la conveniencia social que puedan suponer su concesión, atendida la pena impuesta, el tipo de delito, la situación personal del beneficiario y el daño causado con el delito. Tales características son las que resultan predicables del indulto particular –regulado en la Ley de indulto de 1870- y las diferencian del indulto general que proscribe la Constitución.

b.- El indulto debe plantearse respecto a las penas establecidas en una sentencia condenatoria firme

La necesidad de que la pena haya sido establecida en sentencia firme, va a determinar que la concesión del indulto pueda tomar referencia en las circunstancias que prevé el art. 4.3 del Código Penal para proceder a su solicitud, a instancias del tribunal sentenciador: “(...) *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*”⁴³⁸.

⁴³⁸ El Tribunal Constitucional, respecto al valor de la petición de Indulto por parte del Tribunal, considera que éste no determina la decisión final sobre el indulto. Así, el Auto T.C. 521/1985, de 17 de julio: “*la no reiteración de la solicitud de conmutación de pena no supone una reformatio in peius, dado que tal petición no es sino el ejercicio de una facultad relacionada con la puesta en marcha del derecho de gracia, que no forma parte de la tutela judicial, y que el derecho de petición puede ser ejercido por el ciudadano al amparo del art. 29.1 de la Constitución; debiendo hacerse notar que, en relación al indulto, la Ley de 18 de junio de 1870 reconoce el derecho de petición tanto al condenado como a los Tribunales, sin que el indulto solicitado por el Tribunal tenga reconocido ningún privilegio en la Ley. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la solicitud de indulto no determina el nacimiento de un derecho a favor del condenado, toda*

Con ello se individualiza la concesión de la *gracia* para situaciones en las que la pena impuesta en sentencia firme resultase excesiva desde la premisa del mal causado y las circunstancias del condenado⁴³⁹. Y sobre la citada premisa, se deberán atender a los criterios de justicia, equidad o utilidad pública –a juicio del tribunal sentenciador– para poder otorgar el indulto –total– según dispone el art. 11 de la Ley de 1870⁴⁴⁰.

Obviamente, solo se puede considerar aplicable el criterio de justicia y equidad, desde la valoración de los supuestos concretos y a partir de las circunstancias personales del beneficiario del indulto. Pero no sólo de éstas, sino también de las concurrentes cuando se cometió el delito, del daño infringido, y de la pena impuesta. Respecto a la pena, resultarán

vez que la decisión positiva supondría el ejercicio del derecho de gracia que corresponde al Rey (art. 62 i de la Constitución)”

Igualmente, el Auto T.C. 900/1985, de 13 de diciembre, respecto a tal petición, considera que: *“El art. 2 C.P. no concede un derecho subjetivo a las partes del proceso penal, sino que otorga una facultad a los Tribunales respecto a la petición de gracia. Esta facultad, como es claro, no condiciona en forma alguna el derecho de petionar de los particulares que -como regula la Ley de 18 de junio de 1870- pueden solicitar el indulto con independencia de lo que el Tribunal estime respecto del ejercicio de las facultades que le concede el art. 2 C.P. En consecuencia, los Tribunales no están obligados a fundamentar por qué razón no acceden a la sugerencia de la defensa en relación al ejercicio de tales facultades. El art. 851.3 L.E.Cr., cuya compatibilidad con la Constitución ha sido cuestionada por la demanda, limita la obligación del Tribunal a resolver todos los «puntos que hayan sido objeto de acusación y defensa». La posibilidad de la solicitud de un indulto o de la conmutación de la pena no reviste tal carácter, pues está fuera del objeto del proceso penal, definido por el art. 650 L.E.Cr.”*

⁴³⁹ La STC 230/1991, de 10 de diciembre, determina el Indulto como instituto material para situaciones de desproporción de la pena: *“Mientras el Legislador no precise o reforme el actual procedimiento de responsabilidad personal subsidiaria, el arresto subsidiario no se impone como único modo de llenar la referida prescripción legal. Y ello sin contar con las posibilidades que al respecto pueden ofrecer otras previsiones legales como, en primer lugar, la determinación cuantitativa de la pena de multa, en la que, junto a la prevención debe también tomar en consideración el Juzgador la proporcionalidad con el patrimonio del acusado, en segundo lugar, mediante el pago aplazado de la multa, pago que goza de total flexibilidad (art. 90, 11, C.P.); finalmente, a través de institutos materiales, tales como la remisión condicional de la citada responsabilidad (art. 93, 2.º, C.P.) y, en casos de desproporción, incluso, entre otras medidas legales, una posible solicitud de indulto, a instancia de parte o ex officio”* (Fundamento Jurídico 6º)

⁴⁴⁰ Art. 11, Ley Indulto 1870: *“El indulto total se otorgará a los penados tan sólo en el caso de existir a su favor razones de justicia, equidad o utilidad pública, a juicio del Tribunal sentenciador”*

también relevantes los principios establecidos en el art. 25.2 CE sobre la situación de reeducación y socialización del condenado.

La valoración de todos esos elementos -que el art. 25 de la Ley 1870⁴⁴¹ relaciona de forma pormenorizada como contenido del informe que el tribunal sentenciador debe evacuar en el procedimiento de indulto- es la única pauta para poder determinar si la posible concesión del indulto se justifica en la justicia, la equidad o la utilidad pública.

El significado de la *gracia* como perdón requiere que se haya cometido un delito y se haya impuesto una condena por su comisión. Si no existe la imposición de una pena no existe elemento alguno sobre el cual deba recaer el perdón. El *derecho de gracia* solo se puede concebir desde la existencia del ilícito, la tramitación del procedimiento penal con todas las garantías y desde el pleno respeto a los derechos fundamentales, y la imposición de la pena en resolución judicial firme, la cual se presume conforme a derecho. Si no existe condena, no puede perdonarse ésta, ni cabe excepcionar la ejecución de la misma.

c.- El indulto deberá fundamentarse en razones de justicia, equidad y utilidad pública

⁴⁴¹ Art. 25, Ley indulto 1870: “El Tribunal sentenciador hará constar en su informe, siendo posible, la edad, estado y profesión del penado, su fortuna, si fuere conocida, sus méritos y antecedentes, si el penado fue con anterioridad procesado y condenado por otro delito, y si cumplió la pena impuesta o fue de ella indultado, por qué causa y en qué forma, las circunstancias agravantes o atenuantes que hubiesen concurrido en la ejecución del delito, el tiempo de prisión preventiva que 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”

El indulto, como se desprende del art. 4.3 del Código Penal, pretende la corrección de la pena impuesta, atendidas las circunstancias del hecho y las del condenado. Se plantea el indulto como una forma de evitar los excesos del rigor de la norma penal, en situaciones concretas. Y de ello cabe advertir que el ejercicio del *derecho de gracia* parte de la premisa de que la norma penal -la pena impuesta- puede devenir en injusta o no equitativa en determinadas situaciones, por lo que éste opera a modo de instrumento para restablecimiento de la justicia, quebrada por el rigor de la ley penal⁴⁴².

La justicia, al afirmarse como valor superior del ordenamiento jurídico en el art. 1.1 CE, se positiviza al incorporarse al texto normativo, y pasa a constituir una obligación constitucional de sumisión a éste de todos los poderes públicos, que quedan vinculados a la defensa de la justicia y deben adecuar su actuación para alcanzarla⁴⁴³. Opera así la justicia, como una aspiración del ordenamiento jurídico pero también como un contrapunto al derecho positivo⁴⁴⁴. Al residenciarse en la justicia y en la

⁴⁴² STC 65/1986, de 22 de mayo: “la concesión del indulto pone de relieve que el ordenamiento jurídico dispone de recursos extraordinarios para atenuar la excesiva dureza de las penas”

⁴⁴³ “Estos valores (...) son guía para el legislador en su obra de desarrollo del ordenamiento jurídico y para el juez en su tarea de aplicar e interpretar el Derecho. Evidentemente, estos valores encierran un ancho margen de actuación tanto para el legislador como para el juez, ya que se trata de conceptos abiertos, que pueden tener diversas lecturas, amén de que su consideración social experimenta cierta evolución a lo largo de la historia (...). Por mucho que el legislador y los jueces estén sometidos al carácter vinculante del valor superior de la “justicia”, no será fácil que prospere un recurso sustentado en que una determinada ley, o un precepto de la misma, es injusta; ya que el legislador, desde la representación popular que ostenta, tiene un ancho margen de interpretación de cómo ha de traducir el valor justicia a una ley ordinaria y no será fácil que el Tribunal Constitucional, sin que concurra la contravención de otro precepto constitucional, declare inconstitucional una ley simplemente porque a juicio de sus magistrados la misma no respeta el valor superior de la justicia (...)” Alzaga Villaamil, O., “Los valores superiores del ordenamiento jurídico”, *Derecho Político español según la Constitución de 1978*, Capítulo XII, apartado 2º, Alzaga Villaamil, O., Gutiérrez Gutiérrez, Jorge Rodríguez Zapata, J., 3ª edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, págs. 282 a 289

⁴⁴⁴ “La Justicia puede entenderse, en cierto sentido, como el contrapunto imposible del derecho positivo, pero también como el valor, como el fin ideal, a que debe tender todo el ordenamiento jurídico, sentido este último a que hace alusión el art. 1.1. CE. que nos ocupa. El valor superior de la justicia tiene su

equidad la justificación del indulto, se daba carta de naturaleza a tal valor en cuanto a su capacidad para alterar la eficacia normativa de la ley penal legitimando el *derecho de gracia* en el Estado de Derecho⁴⁴⁵.

3.2.- Justicia, equidad y utilidad pública

Cuestión diferente resultará la concreta determinación del significado de justicia, equidad y utilidad pública, conceptos éstos de un marcado carácter indeterminado, por tanto susceptibles de ser definidos de modo casuístico por los llamados a interpretarlos y aplicarlos en el supuesto concreto. El Tribunal Supremo, en su informe de 14 de junio de 2000, sobre el indulto total de la pena impuesta en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1999, en la causa especial 2940/97⁴⁴⁶, se

manifestación en numerosos preceptos constitucionales, como sucede en algunos del propio Título I (...). Más arriba dejábamos constancia de las dificultades que encierra en la práctica este valor superior para pretender la declaración de inconstitucionalidad de leyes que se estimen injustas, por ello no nos puede extrañar que el Tribunal Constitucional, al menos hasta el presente, haya eludido la aplicación directa de este valor excepto en su ámbito más estricto, a saber, el relativo a la Administración de Justicia. Igualmente, el Tribunal Constitucional ha declarado que “en el reproche de arbitrariedad (art. 9.3 CE) debe incluirse, asimismo, el relativo a la lesión del valor justicia, que consagra el art. 1” Alzaga Villaamil, O., “Los valores superiores del ordenamiento jurídico”, ob. cit.

⁴⁴⁵ Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección sexta, de 20 de febrero de 2013: “No queremos decir con ello que un ejercicio adecuado de la clemencia, con los importantes márgenes de libertad, no fiscalizables, de que dispone el Gobierno, contradiga el Estado de Derecho, pues su uso -y esta es su justificación- permite compatibilizar las exigencias de la justicia formal con las de la justicia material”, con referencia al Auto TC 360/1990, de 5 de octubre de 1990: “determinadas circunstancias fácticas pueden dar lugar a que, en ocasiones, las penas impuestas como consecuencia de un ilícito pierdan total o parcialmente su significado legal y constitucional. Precisamente para ello existe la figura del indulto que permite compatibilizar las exigencias de la justicia formal con las de la justicia material del caso. Ahora bien, como ya se ha indicado, el indulto, en cuanto figura del derecho de gracia, corresponde decidirlo al Poder Ejecutivo concediéndolo el Rey”

⁴⁴⁶ Informe emitido por la Sala Segunda del Tribunal Supremo de conformidad con lo previsto en el art. 25 de la Ley de Indulto de 1870, solicitado por el condenado D., Francisco Javier Gómez de Liaño y Botella. Sobre la vinculación del informe favorable del Tribunal sentenciador respecto a la decisión final sobre el Indulto, el Tribunal Constitucional, en Auto de 48/1998, de 24 de febrero, lo considera un trámite más del expediente de Indulto, que no constituye sino mera expectativa para su concesión: “En este mismo

pronunciaba sobre cada uno de dichos conceptos, en el caso objeto del informe, en los siguientes términos:

1.- Razones de justicia y equidad para otorgar el indulto: *“Es indudable que las razones de justicia y las razones de equidad son, en principio, idénticas, dado que por equidad se entiende la justicia natural y por justicia se entiende derecho, razón, equidad”*. Tales razones no son una autorización ilimitada al Ejecutivo para la modificación indiscriminada de las sentencias emanadas del poder Judicial, sino *“para eliminar la incompatibilidad entre la rigurosa aplicación de la ley y la valoración ético-social que merece el hecho objeto de la condena”*. De esta forma, si la sociedad muestra su absoluta desaprobación ética sobre el delito que se ha cometido el indulto carecerá de razones de justicia y equidad para ser concedido.

Igualmente considera el Tribunal Supremo, que la justicia y la equidad no están determinadas por la reacción emocional de los ciudadanos: *“La Constitución, cuando toma en cuenta la opinión de los ciudadanos, se refiere a personas que opinan y deciden sobre una causa penal de la que ellos han tenido conocimiento directo. La Constitución no ha querido*

sentido, la aportación por el recurrente en su último escrito –antecedente 6.º– de un informe elaborado por la Sala sentenciadora en el que se informa favorablemente, al menos parcialmente, la solicitud de indulto cursada por uno de los coencausados con el Sr. Oliveró en el proceso a quo, carece de relevancia alguna en orden a la resolución de la presente pieza separada. Ello, en primer lugar, porque no deja de ser aventurado estimar que, en su día, la Sala sentenciadora emitirá informe igualmente favorable respecto a la solicitud de indulto del aquí recurrente; más sustancialmente, en segundo y último, por la propia naturaleza y alcance de tal informe, que no pasa de constituir un trámite del expediente que, en su día, conducirá a la autoridad administrativa competente a la concesión, o no, de la gracia solicitada. Mientras no exista resolución final y por la autoridad legalmente competente sobre la solicitud de indulto, las meras expectativas que pueda suscitar un acto como el aportado no constituyen hecho o circunstancia nuevo que, en el sentido del art. 57 LOTC, permita una eventual reconsideración de la resolución que ahora adoptamos”

remitimos al sano sentimiento del pueblo, porque, como lo dice el art. 1º de la misma es la Constitución de un Estado democrático de derecho. A la luz de esta declaración inicial del constituyente es evidente que las reacciones emocionales no pueden ser tenidas por la medida misma de la justicia y la equidad”. Para concluir afirmando que la justicia no está determinada por una mera comprobación estadística de los apoyos que pueda recibir una petición de indulto determinada.

2.- Razones de utilidad pública: el Tribunal afirma la existencia de un concepto aceptado de la expresión utilidad pública en el derecho: *“En el derecho penal la utilidad pública se mide en términos de la prevención del delito: prevención especial o individual y prevención general”*⁴⁴⁷.

La prevención especial es *“el pronóstico de conducta del condenado en relación con la prevención de futuros delitos”*. El juicio sobre la utilidad pública respecto a la personalidad del condenado, requiere la referencia a aspectos más amplios que los relacionados con la determinación de la culpabilidad en el juicio, por ejemplo *“las posibilidades de repetición de su conducta”*.

⁴⁴⁷ STC 150/1991, de 4 de julio: *“Tampoco la C.E. erige a la prevención especial como única finalidad de la pena; antes al contrario, el art. 25.2 no se opone a que otros objetivos, entre ellos la prevención general, constituye, asimismo, una finalidad legítima de la pena, razón por la cual el mismo planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad (que estiman que la agravante no responde a fines preventivos ni resocializadores), en este concreto aspecto, aparece desprovisto de base. En primer término, el art. 25.2 C.E. no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la C.E. ni, desde luego, de entre los posibles -prevención general; prevención especial; retribución, reinserción, etc.- ha optado por una concreta función de la pena en el Derecho penal. Como este Tribunal ha afirmado en otras ocasiones, el art. 25.2 C.E. contiene un mandato dirigido al legislador penitenciario y a la Administración por él creada para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad (por todas, SSTC 19/1988 y 28/1988), pero no establece que la reeducación y la reinserción social sean las únicas finalidades legítimas de las penas privativas de libertad”* (Fundamento Jurídico 4º)

La prevención general, por su parte, se refiere al carácter disuasorio y ejemplificador que es inherente a la pena. Y en atención al delito por el cual se solicita el indulto –prevaricación judicial-, considera el Tribunal Supremo⁴⁴⁸ que sería *“seriamente perjudicial para la función preventivo general de la pena que la pena por un delito tan grave sea indultada. Esta función preventivo- general de la pena se vería seriamente dañada adoptando en el caso un pronunciamiento sin precedentes, que quitaría toda autoridad a la norma que prohíbe a los jueces ejercer sus facultades arbitrariamente”*.

Los únicos casos en los que el indulto no afecta a la prevención general son aquellos en los que se haya producido *“transcurso de un tiempo muy considerable entre la fecha de la comisión del delito y el momento del inicio de la ejecución de una pena privativa de la libertad, siempre bajo la condición de una demostrada reinserción social del condenado”*, y sólo en esos casos se recomienda el indulto⁴⁴⁹.

⁴⁴⁸ La gravedad del delito, tiene para el Tribunal Supremo, importancia suficiente como para la exclusión del Indulto: *“El propio Consejo General del Poder Judicial ha considerado, a propósito del proceso que dio lugar a la condena cuyo indulto se solicita, que el delito de prevaricación es el más grave que se puede imputar a un Juez (...) Desde el punto de vista de la prevención general la concesión del indulto de la pena impuesta al Sr. Gómez de Liaño carece de toda justificación. Se trata -recordemos una vez más las palabras del CGPJ- del delito “más grave que se puede imputar al juez en el cumplimiento de sus funciones”. La gravedad del delito es consecuencia del ataque frontal que la prevaricación representa para el Estado de Derecho en el que los jueces y todas las autoridades públicas están vinculadas al imperio de la ley. Probablemente por ello, no se tiene conocimiento de que en alguno de los pocos casos de condena por prevaricación judicial de la historia de los Tribunales españoles se haya indultado a un juez prevaricador”*

⁴⁴⁹ STC 8/1994, de 17 de enero: *“No es ocioso recordar, sin embargo, que la Sentencia del Tribunal Supremo no ha sido insensible a las gravosas consecuencias personales y sociales que pudieran derivarse para el condenado de la dilatación en el tiempo del procedimiento. Aunque no ha utilizado el instrumento previsto a estos fines por el ordenamiento, la petición de indulto y la remisión judicial de la pena, ha declarado expresamente que, dada la edad del recurrente, podía disfrutar de los beneficios de la libertad condicional, de acuerdo a lo previsto en el art. 60 del Reglamento Penitenciario”* (Fundamento Jurídico 3º)

3.- El arrepentimiento: indica el Tribunal Supremo que *“La cuestión del arrepentimiento está íntimamente ligada a la de la prevención general y a sus exigencias respecto de la conducta del condenado. Es indudable que esta misma conducta es la que nos priva de las pruebas e indicios del arrepentimiento de que habla el art. 25 de la ley de Indulto”*, para situar al arrepentimiento como *“uno de los elementos que se debe considerar desde el punto de vista de la prevención general, puesto que el deterioro de esta función de la pena sería intolerable si se indultara a personas que se niegan a reconocer la vigencia de la norma que han violado conscientemente”*. El arrepentimiento se considera, en la Ley de indulto de 1870, elemento determinante para el tribunal sentenciador en virtud del cual debe concluir sobre la justicia o la conveniencia de la concesión de la *gracia*⁴⁵⁰.

El arrepentimiento que se menciona en la Ley de 1870, tiene una connotación directa en los principios de resocialización y reeducación y, además, no difiere tal apreciación al momento del cumplimiento de la condena, sino que se valora –al igual que las circunstancias personales que menciona el art. 4 del Código Penal- en el momento de informar o, en el caso de indulto a instancia del tribunal sentenciador, de solicitar el indulto.

Las pautas de admisibilidad del indulto que se han expuesto, desde el contenido fundamental que determina la naturaleza del indulto general -prohibido por la Constitución- concurren en el concepto de indulto que establece la Ley de 1870. Ello nos lleva a considerar que el indulto que

⁴⁵⁰ Art. 25, Ley Indulto 1870: *“El Tribunal sentenciador hará constar en su informe... especialmente las pruebas o indicios de su arrepentimiento que se hubiesen observado... concluyendo por consignar -dictamen sobre la justicia o conveniencia y forma de la concesión de la gracia”*

se regula en la mencionada norma resulta compatible con el *derecho de gracia* que se constitucionaliza en el art. 62.i) CE, y no incurre en el ámbito de prohibición de autorización del indulto general que se prevé en el mismo precepto.

3.3.- Aproximación al concepto de indulto particular

El indulto particular es una manifestación del ejercicio del *derecho de gracia*, y resulta compatible con la idea constitucional de la *gracia* que el art. 62.i) CE prevé, en tanto no comparte los elementos prohibidos por el constituyente del indulto general. No obstante, tal compatibilidad no impide que el indulto particular determine una serie de disfunciones constitucionales –como se expondrán–, algunas de ellas inherentes a la naturaleza del instituto de la *gracia* –su concepto, su alcance–, si bien otras –como la atribución de la competencia al Ejecutivo– resultan obra del legislador, no del constituyente, por lo que resulta dudosa su plena compatibilidad con el contenido normativo del texto constitucional.

Podemos considerar que el indulto particular se define por el efecto de su concesión: el “perdón” de la ejecución de una pena establecida en una sentencia firme. La doctrina científica constitucional, y la penal, se han ocupado de presentar sus aproximaciones al concepto de indulto por su objeto, sujetos, finalidad, contenido, significado, incluso desde el planteamiento crítico a su existencia.

El indulto se configura como un atributo de la soberanía, ordenado a la superación de las imperfecciones de la norma penal, para alcanzar la

justicia. Se advierte así que la norma penal puede ser imperfecta, pues crea situaciones injustas, que solo pueden ser superadas por el ejercicio soberano de la *gracia*. Se sitúa a la soberanía por encima de la norma, del derecho positivo.

Esta es la posición clásica de Cesar Beccaría, según su Tratado “de los delitos y las penas”⁴⁵¹, al destacar que la *gracia* es una fiel muestra de la legislación imperfecta: *“La gracia, el indulto, es la prerrogativa más hermosa del trono, el atributo más deseable de la soberanía, la tácita desaprobación que los benéficos dispensadores de la felicidad pública dan a un código que, con todas sus imperfecciones, tienen en su favor el prejuicio de los siglos, el voluminoso e imponente equipo de infinitos comentaristas, el grave aparato de las eternas formalidades y la adhesión de los más insinuantes y menos temidos semidoctos ... La clemencia, pues, virtud que ha sido alguna vez como un suplemento de todos los deberes del trono, deberá ser excluida de una perfecta legislación”*⁴⁵².

⁴⁵¹ Bonesana, C., (Marqués del Beccaria) “Del perdón”, *Tratado de los Delitos y las Penas (Dei delittie delle pene)*, capítulo XLVI, (1764), Ed. Heliasta, 1993, págs. 164-165

⁴⁵² “A medida que las penas se suavizan, la clemencia y el perdón se hacen menos necesarios. ¡Feliz la nación en que estos bienes fueran funestos! Por consiguiente, la clemencia, virtud que a veces es para un soberano suplemento de todos los deberes del trono, debería quedar excluida en una legislación perfecta, en que las penas fuesen suaves y regular y fácil el método de enjuiciar. Uno de los más grandes frenos del delito no es la crueldad de las penas, sino la infalibilidad de las mismas, y, por consiguiente, la vigilancia de los magistrados y la severidad de un juez inexorable, virtud útil que, para serlo, debe ir acompañada de una legislación mitigada. La certidumbre de un castigo, aunque éste sea moderado, siempre causará más impresión que no el temor de otro más terrible al que vaya unida la esperanza de la impunidad, porque los males cuando son ciertos, aunque sean pequeños, asustan siempre el ánimo de los hombres, y la esperanza, don del cielo que a todos se extiende, aleja siempre la idea de los males mayores, sobre todo cuando aumenta su fuerza la impunidad que otorgan con frecuencia la avaricia y la debilidad. Esta verdad parecerá dura a quien viva en el desorden del sistema criminal; sistema en el cual el perdón y las gracias son necesarias en proporción de lo absurdo de las leyes y la atrocidad de las condenas. La gracia, el indulto, es la prerrogativa más hermosa del trono, el atributo más deseable de la soberanía, la tácita desaprobación que los benéficos dispensadores de la felicidad pública dan a un código que, con todas sus imperfecciones, tienen en su favor el prejuicio de los siglos, el voluminoso e imponente equipo de infinitos comentaristas, el grave aparato de las eternas formalidades y la adhesión de los más insinuantes y menos temidos semidoctos”, Bonesana, C., (Marqués del Beccaria), “Del perdón”, *ob. cit.*

El indulto es un instituto excepcional y necesariamente restrictivo, pues supone una injerencia –intervención- del poder Ejecutivo en el ámbito competencial del poder Judicial, alterando el sistema de competencias que establece la Constitución: el indulto comporta la derogación del principio de generalidad de la ley penal e independencia y exclusividad de la jurisdicción. Es una potestad extraordinaria, sometida a la ley y al principio de legalidad, y solo se puede justificar en la consecución de la justicia material en el supuesto concreto.

El Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo, realiza, en Sentencia de fecha 20 de febrero de 2013, una conceptualización del *derecho de gracia*, atendido su carácter restrictivo y excepcional en el Estado de Derecho: *“La prerrogativa de indulto supone una intromisión del poder ejecutivo en los resultados de un proceso penal, seguido con todas las garantías y en el que se ha impuesto por los Tribunales la consecuencia (pena) prevista en la Ley para quien ha cometido un delito. La gracia del indulto, aún justificada su existencia en el intento de consecución de la justicia material del caso concreto inspirado en el valor justicia (art. 1 CE), es una prerrogativa excepcional que sólo puede insertarse como institución en el seno del Estado constitucional, que se afirma como Estado de Derecho, sujetándose al principio de legalidad”*⁴⁵³.

Igualmente, en su Auto de 18 de enero de 2001, el Tribunal Supremo indica que: *“Supone una potestad extraordinaria de intervención de un*

⁴⁵³ Y continua diciendo: *“el derecho de gracia, como ya hemos dicho en el anterior fundamento, es una potestad extraordinaria de intervención de un poder estatal, el Ejecutivo, en el ámbito de competencia de otro, el Judicial, de manera que, una vez constitucionalmente admitida la prerrogativa por la razón indicada, su uso ha de estar rodeado de cautelas y límites, con objeto de procurar la menor perturbación posible para el orden jurídico, marcando así una diferencia sustancial entre la prerrogativa de gracia aceptada en el Estado constitucional con la indulgentia principis propia de la Roma imperial o de las Monarquías absolutas, cuyo ejercicio y extensión no respondía a más voluntad que la de su titular”*

Pacto Estatal en el ámbito de competencia de otro, el judicial, único al que corresponde, por constitución y por Ley”, por eso, el indulto es un acto con rasgo de atipicidad en el marco del estado constitucional de derecho. En todo caso se trata de una prerrogativa sujeta a Ley y corresponde al Poder Judicial velar por la efectividad de esa sujeción, precisamente porque comporta cierta derogación del principio de generalidad de la ley penal y de la de independencia y exclusividad de la jurisdicción. Una vez constitucionalmente admitido, su uso está rodeado de cautelas, con objeto de procurar que esos efectos se produzcan de modo que resulte menos perturbador para la normalidad del orden jurídico”.

El indulto es un instrumento de justicia, que es admisible para paliar los efectos indeseados que la ejecución de la norma penal supone para situaciones concretas. De entre ellas, se considera el *derecho de gracia* como herramienta para superar las consecuencias en el condenado por las dilaciones indebidas habidas en el procedimiento.

Así, el Tribunal Constitucional ha perfilado algunos aspectos del indulto particular, en diferentes pronunciamientos. En, la Sentencia 381/1993, de 20 de diciembre, considera al indulto como un medio para paliar los efectos indeseados de la pena: *“el órgano judicial ha estimado que la ejecución de la Sentencia podía producir efectos indeseados, y ha utilizado el instrumento previsto a estos fines por el ordenamiento, el indulto y la remisión judicial de la pena, fórmulas que, sin desvirtuar la obligación constitucional de ejecutar lo juzgado y sin desnaturalizar el contenido del derecho a un proceso sin dilaciones, debe permitir obtener de manera*

jurídicamente correcta el fin de la no ejecución de la condena". También en la Sentencia 65/1986, de 22 de mayo, se reitera esta idea⁴⁵⁴.

En su Sentencia 8/1994, de 17 de enero, el Tribunal Constitucional sitúa al indulto como medido para la corrección de las dilaciones indebidas del procedimiento: *"No es ocioso recordar, sin embargo, que la Sentencia del Tribunal Supremo no ha sido insensible a las gravosas consecuencias personales y sociales que pudieran derivarse para el condenado de la dilatación en el tiempo del procedimiento. Aunque no ha utilizado el instrumento previsto a estos fines por el ordenamiento, la petición de indulto y la remisión judicial de la pena, ha declarado expresamente que, dada la edad del recurrente, podía disfrutar de los beneficios de la libertad condicional, de acuerdo a lo previsto en el art. 60 del Reglamento Penitenciario"*. En términos similares se pronuncia la Sentencia 35/1994 de 31 de enero⁴⁵⁵.

La prolija relación de autores, de todas las épocas, que se han dedicado al estudio del *derecho de gracia*, haría imposible su cita en la presente. Es por ello que el ánimo de señalar a algunos de ellos no determine que

⁴⁵⁴ *"La concesión del indulto pone de relieve que el ordenamiento jurídico dispone de recursos extraordinarios para atenuar la excesiva dureza de las penas"*

⁴⁵⁵ *"Otros mecanismos tienden a paliar las nocivas consecuencias personales, familiares, laborales o de otra índole que de ese indebido retraso pueden derivarse para el condenado, en relación con la orientación que el art. 25.2 C.E. establece para las penas privativas de libertad, orientación que, más allá de la finalidad de la pena, trata de facilitar y favorecer al penado que pierde su libertad una efectiva reinserción en la sociedad y una adecuada rehabilitación. En este marco pueden situarse, por ejemplo, el indulto o la aplicación de la remisión condicional de la pena. ... Dada la desconexión entre las dilaciones indebidas y la realidad del ilícito y de la responsabilidad, no cabe pues extraer de aquéllas una consecuencia sobre ésta, ni, desde luego, hacer derivar de las dilaciones la inejecución de la Sentencia condenatoria dictada. 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"*

se puedan considerar en mayor relevancia respecto a otros sino tan solo se pretende explicitar como una muestra del sentir doctrinal. Así, en el ámbito procesal penal, Medina Cepero⁴⁵⁶: *“El indulto es la condonación o remisión de la pena o condena que se impone a un sujeto estimado culpable a resultas de un proceso penal y en virtud de una sentencia condenatoria. Por tanto, afecta a la pena impuesta y no a la infracción punible cometida. Por consiguiente, en el ámbito de la Administración de Justicia, el indulto es una intervención del ejecutivo, por la que en un caso concreto se perdonan, se atenúan o se suspenden condicionalmente a prueba las consecuencias jurídicas de la condena penal ejecutoria”*⁴⁵⁷.

De Carreras Serra⁴⁵⁸ considera razones para la existencia del *derecho de gracia* el *“adecuar las penas a nuevas exigencias sociales, matizar el excesivo rigor derivado del carácter abstracto de la ley, poner remedio a la injusticia que suponen ciertas situaciones del penado, corregir errores judiciales y reparar los perjuicios causados por las dilaciones indebidas*

⁴⁵⁶ Medina Cepero, J.R., “los cinco artículos de previo pronunciamiento de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *ob. cit.*, págs. 252 y 253

⁴⁵⁷ “(...) Las metas del acto de gracia pueden ser diferentes. Por un lado, el Estado puede buscar compensar con un acto de equidad el excesivo rigor jurídico (*fiat iustitia pereat mundus*) especialmente cuando se ha producido un posterior cambio de las circunstancias generales o personales. Además puede intentar corregir con el indulto defectos legislativos, sentencias judiciales que quedaron obsoletas por una ulterior modificación de la ley o errores judiciales. El derecho de gracia sirve también para; mantener la pena de prisión dentro de unos límites razonables, compatibles con el principio de humanidad. El indulto puede emplearse, por último, para conseguir alguna finalidad político criminal. (379) Este; es el punto en el que debe apoyarse el derecho de gracia para preparar la rehabilitación del condenado. No obstante, las posibilidades jurídicas de adaptar las consecuencias jurídicas del delito a las exigencias de la resocialización del condenado, se han ampliado tanto en los últimos años que prácticamente al indulto sólo se le atribuye una función correctora. El derecho de gracia corresponde tradicionalmente al supremo representante del poder estatal, es decir, en España, al Monarca, ya que originariamente se consideró este derecho como elemento integrante de un poder, total superior a los tres poderes parciales. Actualmente se considera que el derecho de gracia; como su equivalente el poder punitivo, es un atributo de la soberanía de la Justicia y se le entiende en sentido amplio como parte de un poder punitivo total que abarca tanto el derecho como la gracia” Medina Cepero, J.R., “los cinco artículos de previo pronunciamiento de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *ob. cit.*, págs. 253

⁴⁵⁸ De Carreras Serra, F. “El indulto en nuestro Estado de Derecho” *ob. cit.*

*del juez o por defectos del sistema carcelario. Hay, por tanto, razones muy diversas para sostener que el derecho de gracia no sólo es compatible con un Estado de derecho, sino que bien aplicado puede contribuir a perfeccionarlo, siempre que su justificación esté fundada en el mejor cumplimiento del derecho vigente*⁴⁵⁹.

Para Pérez Francesch⁴⁶⁰ *“El derecho de gracia es un concepto jurídico anterior a la configuración del Estado de Derecho y de la Monarquía Parlamentaria tal y como hoy en día los conocemos. Si bien la propia existencia del derecho de gracia es una reminiscencia histórica, que tiene su apogeo en las monarquías absolutas y en el Antiguo Régimen, es conveniente hacer un esfuerzo para ubicarlo en el seno del Estado constitucional actual y, en el caso español, en coherencia con los principios constitucionales de la monarquía parlamentaria y del Estado de Derecho. No hay que olvidar, como afirma Zúñiga Urbina, que «en el contexto de la*

⁴⁵⁹ *“El indulto es una de las formas del llamado derecho de gracia, reminiscencia evidente de monarquías absolutas en las que el rey, al impartir justicia, acordaba la pena y otorgaba libremente su perdón. La ideología liberal y democrática que comienza a desarrollarse en los siglos XVII y XVIII critica el derecho de gracia y autores tan significativos de estos tiempos, como Beccaria, Kant o Bentham, lo consideran incompatible con la idea de Estado de derecho. Asimismo, las Constituciones francesas de la época de la Revolución, coherentes con el racionalismo ilustrado, abolieron la facultad de otorgar el derecho de gracia y también en España fue suprimido durante unos meses en tiempos de la I República. Bentham formuló la principal objeción con escueta contundencia: “Si la pena es necesaria, no se debe perdonar; si no es necesaria, no se debe pronunciar”. Los riesgos de que el derecho de gracia infringieran los principios de división de poderes -usurpando el Ejecutivo los poderes del juez responsable de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado- y de seguridad jurídica -contraviniendo el carácter de cosa juzgada de las sentencias firmes- se hacían evidentes. No obstante, el derecho, como expresión de una cierta idea de justicia, desborda en muchos casos la pura lógica. Sumum ius, suma iniuria, dice el viejo apotegma. Así, con el tiempo, se pudo comprobar que ciertas formas del derecho de gracia podían ser funcionales a la idea de impartir justicia en un Estado de derecho, siempre que su objetivo consistiera en no desviarse de la ley que fundamentaba la sentencia, sino, por el contrario, en aplicarla de forma más adecuada a su auténtica finalidad y sentido. Así lo expresaba Ihering, al considerar que el derecho de gracia podía ser “una válvula de seguridad del derecho, corrección de la generalidad del ius strictum frente a las exigencias de la equidad”, alegando que “se presentan a veces ciertas circunstancias en las cuales es más útil perdonar que castigar, más acertado olvidar que perseguir o, simplemente, templar las asperezas de la ley”, De Carreras Serra, F., “El indulto en nuestro Estado de Derecho”, *ob. cit.**

⁴⁶⁰ Pérez Francesch, J.L., “El Indulto como Acto de Gobierno: una perspectiva constitucional”, *ob. cit.*, pág. 27

democracia constitucional los institutos de clemencia deben ser penetrados por el principio democrático, por la sujeción a un principio de legalidad y teniendo como limitación los derechos humanos”.

El concepto de indulto, para Linde Paniagua⁴⁶¹, es *“el acto mediante el que se atenúa o extingue la pena o sanción impuesta y otros efectos, sin que ello implique modificación alguna del ordenamiento sancionador que se aplicó al sancionado, ni se rectifique por circunstancia alguna la calificación que merecieron las acciones u omisiones que determinaron la imposición de la correspondiente sanción, encontrando fundamento la concesión del indulto particular en razones de justicia, o conveniencia pública con arreglo a lo dispuesto en nuestra centenaria Ley de indulto particular”*⁴⁶².

El indulto, en consecuencia, está determinado por unas características que pueden concretarse en las siguientes:

⁴⁶¹ Linde Paniagua, E., “Amnistía e indulto en la Constitución española de 1978”, *Boletín Informativo del Departamento de Derecho Político*, UNED, 1978, pág. 65

⁴⁶² El encaje constitucional de la clemencia, para Linde Paniagua, no resulta dudoso, puesto que *“la Constitución española ha consagrado dicho poder, la clemencia, que leído a través y junto a otros principios constitucionales tiene una importancia capital para la realización del Estado de Derecho, lejos de contradecirlo o de ponerlo en crisis. En efecto: la Constitución en su Preámbulo y en el artículo 1 consagran a la Justicia como valor y objetivo principales de los poderes públicos; el artículo 9,3, a sensu contrario, permite la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables; el artículo 25 considera la reeducación y la reinserción social del condenado como la finalidad de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad; y, finalmente, el artículo 62,i atribuye al Rey el ejercicio del derecho de gracia, prohibiendo los indultos generales. De estos preceptos se deduce, de un modo claro, no sólo la expresa previsión de los indultos particulares y de la amnistía sino la coherencia del sistema en su conjunto, de acuerdo con la concepción pluralista y abierta a que antes nos referíamos”* Linde Paniagua E., *“La clemencia (amnistía e indulto) a la luz de la jurisprudencia de los tribunales Supremo y Constitucional y del código penal de 1995”*, ob. cit., pág. 1415

1) El indulto como expresión de la soberanía del Estado: el indulto es un concepto jurídico anterior a la configuración del Estado de Derecho y de la monarquía parlamentaria. El indulto es atributo de la soberanía, y por ello, tiene capacidad para alterar el esquema competencial que en la Constitución se establece, y modificar los principios de generalidad de la norma penal y de legalidad, igualmente consagrados en nuestro texto constitucional. Sólo una expresión de soberanía puede excepcionar otra expresión de soberanía.

2) El indulto es compatible con el Estado de Derecho: siempre que se someta a la ley y al principio de legalidad, y se ejerza restrictivamente de forma excepcional, por tratarse de una potestad extraordinaria, pues determina una alteración de los principios constitucionales, que sólo es justificable desde el sometimiento al principio democrático y con pleno respeto a los derechos fundamentales.

3) El indulto es una institución finalista, y solo es admisible si tiende al cumplimiento de una finalidad constitucional: el indulto se justifica en la consecución de la justicia, en supuestos concretos. Es instrumento para adecuar el rigor de la norma penal a las exigencias sociales, para matizar el carácter abstracto de la ley positiva, para remediar injusticias que puede causar la aplicación del derecho, para corregir los errores y las disfunciones del sistema judicial, para paliar los efectos que la pena puede causar a individuos determinados. En definitiva, para alcanzar la justicia en el caso concreto, cuando ésta no se alcanza en la aplicación de la ley penal.

4.- La amnistía

Para el Tribunal Constitucional⁴⁶³ la amnistía “es una operación jurídica que, fundamentándose en un ideal de justicia (STC 63/1983), pretende eliminar, en el presente, las consecuencias de la aplicación de una determinada normativa -en sentido amplio- que se rechaza hoy por contraria a los principios inspiradores de un nuevo orden político. Es una operación excepcional, propia del momento de consolidación de los nuevos valores a los que sirve, cuya finalidad unitaria no enmascara el hecho de que se pone en práctica recurriendo a una pluralidad de técnicas jurídicas que quedan unidas precisamente por la finalidad común. En unos casos normalmente para relaciones en las que el Estado aparece involucrado como poder público, la aplicación de la amnistía supondrá lo que se ha llamado por la doctrina «derogación retroactiva de normas», haciendo desaparecer por completo las restricciones que sufrió el derecho o libertad afectado, con todas sus secuelas, con lo que puede decirse que el derecho revive con carácter retroactivo; no obstante, la amnistía no deja de serlo por tener efectos más limitados, y ello sucede especialmente en relación con relaciones sometidas a un régimen jurídico privado, en las que se pretende las más de las veces conceder en el presente, y para el futuro, una serie de derechos”.

El indulto general forma parte del *derecho de gracia*, pues para que se prohíba es necesario que exista; por ello se excluye. Ninguna necesidad hay para tal prohibición si el indulto general no estuviese en el núcleo de manifestaciones posibles del ejercicio del *derecho de gracia*. Y, con ello

⁴⁶³ STC 147/1986, de 25 de noviembre

implica que otros tipos de indulto no general también tienen cabida, pues excluir el general implica no prohibir los demás tipos de indulto. La duda se plantea respecto a la amnistía, respecto de la cual no existe mención alguna en el texto constitucional⁴⁶⁴.

4.1.- Compatibilidad constitucional de la amnistía

La amnistía es una institución de naturaleza legislativa, respecto a la cual existe una ya tradicional discusión sobre si la misma forma parte del *derecho de gracia* que se constitucionaliza en el art. 62.i) CE. No es el objeto de este trabajo un análisis en profundidad de dicha institución pero lo cierto es que la amnistía es una manifestación tradicional de la clemencia, y al menos a modo de referencia, debe ser objeto de somero análisis en la presente.

Las diferencias entre el indulto y la amnistía se encuentran en su propia naturaleza jurídica; si bien comparten la justificación en la justicia que se invoca para el ejercicio del *derecho de gracia* la naturaleza de ambas es dispar: la amnistía tiene una naturaleza legislativa que el indulto no comparte con ella. Entre ambas existe así una diferencia cualitativa⁴⁶⁵.

⁴⁶⁴ "Así, las dos modalidades del indulto serían sendas especies del género gracia. Cabe la duda, sin embargo, de si a ellas debe también sumarse la amnistía, pues es común, tanto en nuestro Derecho histórico como en el comparado, que la amnistía se cuente entre los instrumentos jurídicos del perdón" Requejo Pagés, J. L., "Amnistía e Indulto en el constitucionalismo histórico español", *ob. cit.*, pág. 1

⁴⁶⁵ STC 147/1986, de 25 de noviembre (*ob. cit.*): "Es erróneo razonar sobre el indulto y la amnistía como figuras cuya diferencia es meramente cuantitativa, pues se hallan entre sí en una relación de diferenciación cualitativa"

La amnistía tiene como objeto la extinción de la responsabilidad penal, al igual que el indulto. E, igualmente, supone la renuncia del Estado a su capacidad punitiva, fundada en el perdón. Si bien históricamente las dos instituciones han estado unidas bajo el mismo concepto de *gracia*, ya que en el antiguo régimen la personificación del Estado en el Rey permitía que tanto en el indulto como en la amnistía fuese el Rey quien ejercía la facultad de perdonar –como acto ejercido por el titular de la soberanía-, la separación de poderes –ya en el Estado de Derecho- determinó la diferenciación, hasta el punto de desnaturalizar a la amnistía como acto meramente graciable, sino como ejercicio del poder Legislativo, eso sí, con incidencia en el mismo ámbito del perdón.

Para Linde Paniagua⁴⁶⁶ *“partiendo de la concepción de la amnistía que la caracteriza como técnica que supone derogación retroactiva (transitoria o definitiva) de normas sancionadoras, de lo dispuesto en el artículo 9.3 a saber “La Constitución garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales...”*, se deduce, en sentido contrario, que la Constitución permite que se dicten disposiciones, en el ámbito sancionador, de carácter favorable, por consiguiente que se concedan amnistías”, por lo que no parece existir un problema para admitir su encaje constitucional⁴⁶⁷.

Lo bien cierto es que en la Constitución no se efectúa referencia alguna a la amnistía, pero no por ello debe considerarse que ésta es ajena al modelo constitucional. La amnistía, como acto del Legislativo, supone la

⁴⁶⁶ Linde Paniagua, E., “Amnistía e indulto en la Constitución española de 1978”, *ob. cit.*, pág. 57

⁴⁶⁷ *“La amnistía significa la concesión de la impunidad a través de una ley que se promulga para una pluralidad de casos con unas características comunes. Si bien se trata de dos figuras diferentes, en realidad, tienen unos efectos comunes, especialmente tras la prohibición de los indultos generales en nuestro ordenamiento legal”* Medina Cepero, J.R., “los cinco artículos de previo pronunciamiento de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *ob. cit.*, pág. 252

génesis de una norma con rango de ley, emanada del Parlamento, cuyo contenido es la derogación transitoria de la ley penal, desplegando sus efectos sobre los supuestos de hecho que constituían el tipo penal que es derogado con la ley de amnistía.

La amnistía por tanto es una ley que, al amparo de la previsión del art. 9.3 CE, tiene efectos retroactivos pues es una disposición sancionadora favorable. Su efecto determina la despenalización transitoria de algunos tipos penales, y con ella, el delito deja de existir. La amnistía afecta así a la norma penal y no a sus efectos en la condena –frente al indulto, que supone la inejecución de la pena- por lo que un acto del Legislativo está modificando a otro previo, de forma transitoria.

La existencia de la amnistía no supone una alteración del sistema de división de poderes del Estado. Es el mismo poder Legislativo el que, por medio de una ley parlamentaria –por tanto como expresión del principio democrático y representativo- determina un nuevo status respecto a los actos que, bajo el imperio de la ley que transitoriamente deroga, eran constitutivos de delito. Tales actos –constitutivos de delito conforme a la ley penal- dejan de ser típicos, por lo que no pueden ser perseguibles, ni objeto de condena; y si ya lo han sido deben ser revisados determinando la imposibilidad de la ejecución de una sentencia condenatoria, pues lo que era delito, ha dejado de serlo.

La amnistía es, así, expresión del principio de legalidad penal y no una excepción a este principio, pues el art. 25.1 CE, cuando determina que *“Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”* no está

exigiendo la punibilidad de todo hecho de conformidad con la ley penal vigente en el momento de su comisión, sino la necesidad de existencia de una norma penal que determine el delito, y que ésta sea previa a su comisión, como presupuestos para que éste pueda ser castigado.

La posibilidad de creación de una ley penal favorable y retroactiva está prevista, *contrario sensu*, en el art. 9.3 CE: la Constitución garantiza “*la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*”. Retroactividad que es posible tanto si se prevé expresamente en la nueva norma, según el art. 2.3 del Código Civil “*Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario*”, como si no fuese prevista, por *mor* del principio de ley penal favorable que supone la ruptura de la regla *tempus regit actum*⁴⁶⁸, que se prevé en el art. 2.2 del Código Penal: “*No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario*”.

El carácter derogatorio de la amnistía respecto a la ley penal tiene plena cobertura en la naturaleza legislativa de la amnistía. El art. 2.2 del Código Civil prevé: “*Las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia*

⁴⁶⁸ Como regla general de sometimiento a la norma vigente en la fecha de los hechos, de la cual se colige la irretroactividad como principio constitucional en materia penal del art. 9.3 Constitución Española.

las que ésta hubiere derogado". Y es el art. 81.2 CE el que determina el rango constitucional de tal previsión sobre la materia reservada ley orgánica que, como hemos expuesto, debe ser la propia de la ley penal: *"La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto"*.

La habilidad de una ley de amnistía para tener efectos derogatorios de la ley penal pasa por la necesidad de que ésta sea formalmente una ley orgánica, en consonancia con el art. 81.2 CE y también el art. 28.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional⁴⁶⁹: *"Asimismo el Tribunal podrá declarar inconstitucionales por infracción del artículo 81 de la Constitución los preceptos de un Decreto-ley, Decreto legislativo, Ley que no haya sido aprobada con el carácter de orgánica o norma legislativa de una Comunidad Autónoma en el caso de que dichas disposiciones hubieran regulado materias reservadas a Ley Orgánica o impliquen modificación o derogación de una Ley aprobada con tal carácter cualquiera que sea su contenido"*. Lo que conduce a determinar que, por su contenido material, la ley de amnistía tiene que compartir el propio de la norma penal, y, por ello, su trámite debe ser el correspondiente a la ley orgánica que resulta exigible para la materia penal⁴⁷⁰.

⁴⁶⁹ Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional

⁴⁷⁰ *"En primer lugar es preciso determinar el órgano competente para otorgar amnistías, a cuyo efecto vamos a partir del concepto de amnistía antes enunciado, a saber «técnica que hace posible la derogación retroactiva de normas sancionadoras». Pues bien, con arreglo al principio de jerarquía normativa consagrado en el artículo 9,3 de la Constitución, la derogación de una norma sancionadora sólo puede tener lugar por otra norma de igual o superior rango. Es decir, que la amnistía sólo podrá concederse mediante el vehículo de la norma, por consiguiente la concreción del sujeto que puede concederlas dependerá de la averiguación del órgano que pueda establecer sanciones. Al respecto, dispone el artículo 25,1 de la Constitución que: «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento». Lo que significa consagrar el principio de «legalidad sancionadora». Efectivamente, en virtud de lo dispuesto en el citado artículo 25,1, no cabe imponer sanción alguna por*

La compatibilidad de la amnistía con el Estado de Derecho es objeto de una tradicional discusión entre las diferentes posiciones doctrinales que incluyen⁴⁷¹ y excluyen⁴⁷², respectivamente a la amnistía de lo admisible en el Estado de Derecho centrándose las críticas a la constitucionalidad de la figura de la amnistía en la aparente identidad existente entre ésta y los indultos generales proscritos por el art. 62. i) CE. Sin embargo, las similitudes entre el indulto general y la amnistía solo se plantean en torno al ámbito de sus beneficiarios –una generalidad, sin sujeción al supuesto concreto–, pero no en cuanto a su naturaleza.

Efectivamente, la amnistía determinará la génesis de una norma legal beneficiosa para una generalidad de destinatarios. Y, en tal generalidad, comulgan amnistía e indulto general. Pero la problemática efectiva del

acciones u omisiones que constituyan «delito, falta o infracción administrativa», si previamente no se han tipificado como tales «según la legislación vigente en aquel momento», de lo que se deduce claramente que sólo la legislación puede tipificar que acciones u omisiones son «delito, falta o infracción administrativa» y en virtud de ello establecer sanciones” Linde Paniagua, E., “Amnistía e indulto en la Constitución española de 1978”, ob. cit., pág. 65

⁴⁷¹ *“La amnistía suele definirse como una suerte de derogación retroactiva que puede afectar bien a la norma que califica a un acto como ilícito, bien a la que dispone –como consecuencia de la verificación de un acto así calificado– la imposición de una sanción. En su grado máximo, y haciendo honor a la etimología de la expresión, comporta la inexistencia en Derecho de actos jurídicamente ciertos, una verdadera amnesia del Ordenamiento respecto de conductas ya realizadas y perfectamente calificadas (o calificables) por sus órganos de garantía. Efectos tan radicales han llevado siempre a sostener que sólo puede actuarla el poder legislativo, aunque es común adscribirla a la órbita de la gracia, incluso cuando ésta viene atribuida al Jefe del Estado. Esa adscripción se explica, sin duda, por causa del componente exculpatorio de la amnistía –común al que es propio del indulto en sus dos variantes–, si bien, en propiedad, la amnistía no sólo exculpa, sino que, más aún, puede eliminar de raíz el acto sobre el que se proyecta la inculpación o la norma de la que la inculpación resulta” Requejo Pagés, J.L., “Amnistía e Indulto en el Constitucionalismo Histórico Español”, ob. cit., pág. 83*

⁴⁷² *“A nuestro entender, la Constitución debiera también haber prohibido expresamente la amnistía, por las mismas o más razones que no son permitidos los llamados indultos generales. Es más: creemos que puede mantenerse, que si los indultos generales están constitucionalmente prohibidos, con mucha mayor razón debiera entenderse prohibida la amnistía. Probablemente carezca de sentido, desde luego, prohibir lo menos (indultos generales), y permitir lo más (amnistías), aunque tampoco desconocemos que como quiera que éstas habrían de ser concedidas por el Parlamento en virtud de Ley, puede que las razones últimas que ciertamente limitan la potestad de gracia –e impiden la gracia general– tal vez no afecten al poder legislativo de las Cortes generales” Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., “Una lectura crítica de la Ley de Indulto”, ob. cit., pág. 7*

indulto general no se sitúa sólo en la evidente indeterminación de sus beneficiarios, pues su inconstitucionalidad radica en la inexistencia de justificación alguna en la excepción de la previsión de la eficacia de la ley penal, el mandato constitucional de hacer ejecutar lo juzgado por los jueces y tribunales, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a la ejecución del fallo, así como el principio de legalidad e imperio de la ley, todos ellos elementos configuradores del Estado de Derecho, en sus diferentes ámbitos.

Así, la generalidad es común para la amnistía y al indulto general, pero su naturaleza jurídica les diferencia, hasta el punto de que los óbices que con el indulto general se plantean para el modelo constitucional, quedan salvados por la naturaleza de norma con rango de ley que tiene la amnistía. Las notas de proscripción del indulto general se tienen que tomar con referencia a la naturaleza del acto del indulto. Pero no cabría ampliarla a otra serie de actos como los legislativos, donde la esencia de su génesis y su materialización efectiva es precisamente, expresión de la voluntad popular, del principio representativo y, en su fundamento, la manifestación del principio democrático. Elementos todos ellos ajenos al indulto general.

El indulto general está prohibido porque, siendo un acto emanado por un poder diferente al Judicial, orilla toda justificación en la justicia, en la equidad y en la conveniencia social, para afectar a la eficacia de la ley penal, a la función judicial de hacer ejecutar lo juzgado, y al derecho a cumplimiento del fallo. La amnistía no afecta a la función jurisdiccional, ni al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pues es la misma ley –a la cual se someten los ciudadanos y los poderes públicos ex art. 9.1 CE-, la que establece la nueva legalidad penal –principio de legalidad

y de seguridad jurídica arts. 9.3 CE y 25.1 CE-, aunque con carácter transitorio. Negar al Legislativo el poder para establecer el sistema penal, es alejarse del Estado de Derecho.

En torno a tal cuestión, debe considerarse que una ley derogatoria de la norma penal en sí misma, no supone afección al sistema. Como acto del poder Legislativo en la concreción de los delitos y las penas -y, por ello, su destipificación- no parece encontrar obstáculos en el ejercicio de las funciones del Legislativo, ni determina una injerencia en el ámbito de ejercicio de las competencias de los demás poderes del Estado. Ahora bien, la génesis de una norma que destipifica de forma transitoria las previsiones sobre el delito establecidas en la ley penal, admite la crítica en cuanto a la afección en el principio de seguridad jurídica y certeza del ordenamiento, en tanto es ese carácter transitorio el que incide en la eficacia de la ley penal, que, por un lapso de tiempo, queda derogada.

Tres son las razones que permiten afirmar el encaje en la Constitución de una amnistía. Por una parte, su naturaleza legislativa: la amnistía carece de un límite expreso a los efectos de su aprobación como acto legislativo; los únicos límites son los que derivan del propio concepto de Estado de Derecho y los que pudieran extraerse del texto constitucional. Por otra parte, y dado que la amnistía es una ley en sí misma, podría excepcionar o modificar a la Ley del indulto, en lo que pudiera resultar contradictorio con ésta. Y por último la posibilidad de que mediante una norma con rango de ley se pudiese incluir expresamente la amnistía como manifestación del *derecho de gracia*, ocupando la previsión del art. 62.i).

Y la inexistencia de prohibición expresa al Legislativo en la Constitución sobre la amnistía, junto a la constitucionalidad del *derecho de gracia* en

el art. 62.i), operan para avalar la compatibilidad constitucionalidad de la amnistía. Otra cuestión será la consideración de la amnistía como manifestación del *derecho de gracia*, esto es, si la amnistía es una de las formas de ejercicio de la *gracia*.

4.2.- Amnistía y derecho de gracia

Nuestra tradición histórico-jurídica siempre ha considerado la amnistía como una manifestación del *derecho de gracia*⁴⁷³. En la Ley de indulto de 1870 menciona a ésta como un instituto de la *gracia*, aunque en la delimitación negativa del indulto particular –en la Exposición de Motivos de la Ley de 1870⁴⁷⁴-. El Tribunal Constitucional, en la citada Sentencia 147/1986, de 25 de noviembre, se inclina por afirmar que es la amnistía una manifestación del *derecho de gracia*, diferenciándola del indulto general en lo cualitativo.

Sin embargo, el textual del art. 62.i) CE, no parece estar refiriéndose a la amnistía cuando se refiere al ejercicio del *derecho de gracia*. Desde el

⁴⁷³ “La amnistía es considerada una manifestación del derecho de gracia con características especiales: por un lado, la amnistía ha sido entendida siempre como ejercicio del derecho de gracia en forma masiva; por otra, se ha vinculado tradicionalmente a fines políticos. Ambos factores han contribuido a que la cuestión haya quedado desplazada de una forma radical de la discusión doctrinal, aunque es dudoso que por sí mismos sean explicación suficiente del olvido. Por ello, se hace necesario para explicarlas acudir a la prohibición constitucional de indultos generales que aparece en el artículo 62.i) CE al limitar en este punto la función de la Corona en relación con una competencia del Gobierno. Por otra parte podría acudirse al argumento del contexto histórico en que esta prohibición se produjo” Pérez del Valle. C., “Amnistía. Constitución y justicia material”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 21, núm. 61, enero-abril, 2001, pág. 188

⁴⁷⁴ Indica la exposición de Motivos, Ley de indulto 1870: “El artículo 74 de la Constitución prescribe que no se concedan amnistías e indultos generales sino en virtud de una ley especial. La forma y solemnidades, por lo tanto, de la concesión de estas gracias generales”

textual del precepto, su ejercicio corresponde al Rey, con arreglo a la ley, prohibiendo los indultos generales. Si bien la posibilidad de que el Rey pueda intervenir en algún momento de la génesis de una amnistía no es un óbice constitucional –véase, por ejemplo, que la función de sanción y promulgación de las leyes, que prevé el art. 62.a) CE, situaría al Rey en el ejercicio del *derecho de gracia* como manifestación legislativa en una ley de amnistía-, mayores problemas representaría dicha sujeción a la ley –“con arreglo a la ley”- que ordena el ejercicio del *derecho de gracia* por el Rey, respecto a un acto que es formal y materialmente legislativo.

No faltan las voces críticas respecto a la inclusión de la amnistía dentro del contenido del *derecho de gracia* que ampara la Constitución. La no mención expresa de tal institución y la configuración legal del *derecho de gracia* exclusivamente determinado por el indulto particular, unido a la posible confusión conceptual entre el “indulto general” y la “amnistía”, al tratar de destinatarios determinables en ambos casos, no expresamente determinados e individualizados, determinarían tal exclusión.

Cuando la Constitución prevé que el Rey ejerce el *derecho de gracia*, no puede advertirse una extensión a la figura de la amnistía. Tanto por la expresa participación del Rey en su ejercicio (“*ejercer el derecho de gracia*”) que en el caso de una amnistía –como un acto del Legislativo- no tendría dicha participación, como por la exclusión del indulto general y con ella, la tácita referencia a otros tipos de indulto, con lo cual estaría advirtiendo que el *derecho de gracia* sólo comprende a esos otros tipos de indulto, no a la figura de la amnistía.

Igualmente, la omisión de toda referencia a la figura de la amnistía en dicho precepto constitucional conduciría a excluirla de las instituciones

del *derecho de gracia* que ejerce el Rey, sin dejar de lado que la amnistía tiene peculiaridades propias que le harían ajena al concepto y naturaleza del *derecho de gracia* que se establece en el art. 62.i) CE. Y, a ello, debe sumarse que, si el ejercicio “de acuerdo con las leyes” solo se refiere a la única ley vigente que regula el *derecho de gracia* (la Ley de indulto de 1870), se estaría excluyendo de las instituciones propias del *derecho de gracia* a la amnistía, pues nada se refiere respecto a ésta en la Ley de indulto.

Igualmente, es lo cierto que, dada su naturaleza legislativa, el Rey no participa en el ejercicio de la amnistía en los términos previstos en el art. 62.i) (salvo en la sanción de la ley, función netamente diferenciada de la de “ejercer del *derecho de gracia*”). Pero además la amnistía no es, en esencia, un acto “graciable”, puesto que no comparte la naturaleza de “acto”, sino que es norma jurídica.

Sin embargo, no se puede excluir, *ex radice*, a la amnistía como una de las manifestaciones del *derecho de gracia*. La amnistía es una norma emanada del Legislativo, por lo que se ejerce “de acuerdo con las leyes”, pues es una ley en sí misma. Y la mención a “las leyes” del art. 62.i) no es un límite a la capacidad normativa del Parlamento; así la creación de una norma con rango de ley, por parte del Parlamento, que determinase una amnistía no tendría límite constitucional en las leyes que menciona el art. 62.i), pues la norma emanada de las Cortes, si contradijese a las leyes a las que refiere el art. 62.i) tendría efectos derogatorios respecto a éstas, siempre que resultase jerárquica y competencialmente adecuada.

Cabría, no obstante, considerar que la restricción constitucional solo va a operar en lo que textualmente lo hace: en la participación del Rey en el

ejercicio del *derecho de gracia*. Y ello permitiría entender que lo que la Constitución ordena es que el Rey “ejerza” el *derecho de gracia* y que sea una ley la que establezca su ejercicio. Siendo así, toda amnistía en la que participe el Rey –como decíamos a través de su sanción como ley- sería ejercicio del *derecho de gracia*, por parte del Rey, y con arreglo a la ley que prevé tal ejercicio.

Si el *derecho de gracia* lo ejerce el Rey de acuerdo con las leyes, es el Parlamento quien puede definir, no solo sus condiciones y naturaleza, sino también qué órgano del Estado o poder puede ejercer su ejecución material –respetando en todo caso la posición formal del Rey en cuanto a su ejercicio- y también que tipo de instituciones se pueden considerar incluidas en el *derecho de gracia*, siempre que se respete la función nominal del Rey. Ello no impediría que las Cortes pudiesen crear una ley reguladora del *derecho de gracia* que legitimase de forma expresa la amnistía. El sometimiento a la ley para ejercer el *derecho de gracia* no solo deviene desde la posición constitucional del Rey respecto al poder Legislativo, sino de la voluntad expresa del constituyente de que sea el poder Legislativo quien establezca el contenido preciso del *derecho de gracia*, sin otro límite que la misma Constitución.

Pero que una ley de amnistía deba someterse a otra ley, parece plantear una restricción al contenido de una norma emanada del Parlamento, que no se conciliaría con la idéntica naturaleza jurídica que ambas normas ostentan. El principio de jerarquía normativa ex art. 9.3 CE advierte que la ley solo se somete a las limitaciones ordenadas en la Constitución y, de entre ellas, al principio de competencia. La ley solo puede restringirse desde la previa delimitación de los ámbitos materiales a los que estuviese bien vedada o bien facultada una determina ley, respecto a las demás.

De esta forma, la amnistía no requeriría de mención expresa en el texto constitucional. Su naturaleza legislativa determina que podría afectar al contenido de la previa ley reguladora del *derecho de gracia*, aunque solo fuese en el sentido de excepcionarla para supuestos concretos, o incluso crear una nueva regulación del *derecho de gracia*. Pero, dado el contenido posible de la ley de amnistía, *lege data*, no sería necesario alterar la regulación del *derecho de gracia* ahora establecido en la Ley de indulto de 1870, pues no afectaría a su contenido.

A tal consideración de la amnistía como manifestación del *derecho de gracia* se puede llegar, igualmente, desde la previsión constitucional del art. 87.3 CE, en el cual se menciona expresamente a la prerrogativa de *gracia* en el ámbito legislativo: “Una ley orgánica regulará las formas de ejercicio y requisitos de la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley ... No procederá dicha iniciativa en materias propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de *gracia*”.

Tal precepto parece abrir opciones a la existencia de manifestaciones en el ejercicio del *derecho de gracia* –prerrogativa de *gracia*–, de naturaleza legislativa. Un argumento sólido avala tal posibilidad: si el *derecho de gracia* no pudiese tener una manifestación legislativa, la previsión del art. 87.3 CE carecería de toda lógica, pues si el *derecho de gracia* no se pudiese ejercer mediante un acto del poder Legislativo, no cabría que se excluyese al *derecho de gracia* de las proposiciones de ley por iniciativa popular. La restricción material que efectúa el art. 87.3 CE respecto a las materias concretas (materia de ley orgánica, tributaria, de carácter internacional, y “lo relativo a la prerrogativa de *gracia*”) que enumera tal

precepto implica que existiría un ámbito legislativo posible, relativo a la prerrogativa de *gracia*.

Podría entenderse que el ámbito legislativo de la prerrogativa de *gracia* es el referido a la ley que menciona el art. 62.i) CE, con arreglo a la cual el Rey deberá ejercer el *derecho de gracia*. De ser así, la regulación del *derecho de gracia* estaría exento de la posibilidad de que se admitiese la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley cuyo objeto sea la regulación del ejercicio de la *gracia*. Pero tal interpretación no es limitativa. En el texto constitucional –en particular en el art. 87.3 CE–, no se excluyen otras formas de materialización del poder Legislativo en el ámbito de la prerrogativa de *gracia*, por ejemplo, para las leyes de amnistía.

A mayor abundamiento, de considerarse excluida la amnistía como una manifestación del *derecho de gracia*, la previsión del art. 87.3 CE sólo se podría referir a la ley reguladora del *derecho de gracia* del art. 62.i) CE, pues es la única referencia concreta a la ley que en la Constitución se efectúa en relación con el *derecho de gracia*. Y, siendo así, no cabría tener por excluida de la iniciativa popular la posibilidad de presentación de proposiciones de ley relativas a amnistías. Tal posibilidad –esto es, la iniciativa popular para leyes de amnistía– supondría una ruptura con lo pretendido en el texto constitucional, que es la reserva de tal materia a la iniciativa parlamentaria o gubernamental, pues no cabe obviar que la amnistía es un instituto eminentemente político.

Pero llevado tal argumento al art. 102 CE⁴⁷⁵, la exclusión de la amnistía como prerrogativa de *gracia* determinaría que la prohibición que en tal precepto se ordena, de inaplicación de la “prerrogativa real de *gracia*” a los supuestos de responsabilidad criminal de los miembros del Gobierno, sólo operaría como prohibición de concesión de indultos particulares a los miembros del Ejecutivo, pero no sobre la posibilidad de que éstos se pudiesen beneficiar de una ley de amnistía –en tanto ésta estaría fuera del concepto de prerrogativa de *gracia* y, por tanto, no incluida en tal prohibición-. Prohibir lo menos –indulto particular- y permitir lo más –la amnistía-, respecto a la responsabilidad criminal del Gobierno, parece ser una conclusión cuanto menos ilógica, si atendemos a la finalidad del precepto: evitar la impunidad de un Gobierno mediante la concesión de la *gracia* por parte del propio Gobierno, que, en la configuración de las relaciones entre Ejecutivo y Parlamento –y la dependencia real, que no formal, del segundo respecto al primero- se extendería a la génesis de la amnistía como norma parlamentaria.

Una interpretación integradora de la amnistía en las referencias que la Constitución realiza sobre la prerrogativa de *gracia* conduce a entender que la amnistía no sólo no está expresamente excluida de tal instituto graciable –como lo determina la tradición jurídica en España- sino que debe entenderse como la manifestación legislativa de tal prerrogativa.

⁴⁷⁵ Art. 102, Constitución Española:

“1. 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.

2. 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.

3. La prerrogativa real de *gracia* no será aplicable a ninguno de los supuestos del presente artículo”

Esta posición es admitida por algunos sectores de la Doctrina. Así Linde Paniagua considera que: *“Al parecer la mención que el citado artículo 87.3 hace a la «prerrogativa de gracia» hay que comprenderla referida a la amnistía que es una técnica que se residencia en el poder legislativo. De modo que hay que entender que mediante la iniciativa popular en materia legislativa se prohíbe presentar proposiciones de ley que contengan la amnistía”*⁴⁷⁶, argumentando que el art. 87.3 CE está haciendo referencia expresa a la amnistía como una manifestación del ejercicio del *derecho de gracia* del art. 62.i) CE. Sin embargo, también se encuentran en la Doctrina detractores sobre tal consideración, como García Mahamut⁴⁷⁷: *“Si el Derecho de Gracia corresponde, por mandato constitucional, al Jefe del Estado, quien deberá ejercerlo de acuerdo con la ley y que ésta no*

⁴⁷⁶ “El artículo 87.3 establece la prohibición de que la iniciativa popular sea utilizada para presentar proposiciones de ley «en lo relativo a la prerrogativa de gracia». En primer término, y para entrar a valorar el contenido de la prohibición, es preciso determinar qué es lo que se ha querido prohibir, porque las palabras utilizadas en el conjunto del artículo se prestan a confusiones. De una parte, a diferencia del artículo 62,i en que se denomina al indulto particular como «derecho de gracia», aquí se utiliza la expresión «prerrogativa de gracia», lo que podría hacer pensar que se está haciendo referencia a algo distinto del indulto particular. La duda de que se esté haciendo referencia a una institución diferente al indulto particular, viene además determinada en razón a que se contempla en el artículo 87,3 que regula la iniciativa popular en materia legislativa, lo que unido a que están prohibidos por el artículo 62,i los indultos generales y siendo evidente que el indulto particular no tiene nada que ver con la potestad legislativa, parece que difícilmente puede aplicarse la prohibición del artículo 87,3 a los indultos particulares. Parece lógico, en consecuencia, que la referida prohibición no pueda entenderse referida a los indultos particulares que por principio están excluidos de la competencia de las Cortes, sin embargo, en la obtención de esta conclusión no colabora en modo alguno el inexistente debate en relación a la citada prohibición a lo largo del laborioso procedimiento de elaboración de la Constitución. Al parecer la mención que el citado artículo 87,3 hace a la «prerrogativa de gracia» hay que comprenderla referida a la amnistía que como vimos es una técnica que se residencia en el poder legislativo. De modo que hay que entender que mediante la iniciativa popular en materia legislativa se prohíbe presentar proposiciones de ley que contengan la amnistía. Si bien es cierto, que las repercusiones de la utilización de la terminología «prerrogativa de gracia», una vez convenido que hay que leer en su lugar «amnistía », tiene escasas repercusiones, no por ello deja de ser criticable, ya que en el marco de una Constitución democrática, en la que todos los poderes por principio emanan del pueblo soberano, ni los órganos ni las personas tienen «prerrogativas » sino que el poder tiene su origen en la Constitución. Más, de otra parte, la prohibición a que nos referimos tiene escasa justificación, porque la proposición de ley que en su caso al menos 500.000 electores presentarán al Congreso no presupone resultado alguno favorable que explicara la cautela. Lo cierto es que no faltaron voces de varios signos que pidieran la supresión de la limitación aunque con escaso éxito” Linde Paniagua, E. “Amnistía e indulto en la Constitución española de 1978”, *ob. cit.*, pág. 65

⁴⁷⁷ García Mahamut, R., “El indulto. Un análisis jurídico-constitucional”, *ob. cit.*, pág. 84

podrá autorizar indultos generales, parece no dejar margen a la duda el que la amnistía en el marco constitucional de la prerrogativa de gracia se halla constitucionalmente proscrita si atendemos a los elementos que han definido los indultos generales”.

La legislación penal ha reconocido históricamente a la amnistía como la expresión parlamentaria del *derecho de gracia*. Hasta 1995, uno de los supuestos de extinción de la responsabilidad criminal era la amnistía, y, hasta 1995, así se preveía en el art. 112.3º del Código Penal de 1973⁴⁷⁸: *“La responsabilidad penal se extingue: Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos”*, precepto que fue derogado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. No obstante, que no se contemple la amnistía como una de las causas de extinción de responsabilidad no implica su expulsión del ordenamiento jurídico ni su inconstitucionalidad. El rango de ley de la amnistía determina, *ipso iure*, tal efecto, sin que sea necesario que sea incluido en los supuestos que prevé el Código Penal a tal fin.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal mantiene a la amnistía, junto con el indulto, como artículo de previo pronunciamiento del art. 666.4 (*“Serán tan sólo objeto de artículos de previo pronunciamiento las cuestiones o excepciones siguientes: 4ª La de amnistía o indulto”*), determinando en el ámbito del proceso penal el sobreseimiento libre que prevé el art. 675 de la misma norma de procedimiento⁴⁷⁹. La virtualidad de tal previsión no

⁴⁷⁸ Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre

⁴⁷⁹ Como ya hemos indicado anteriormente, la referencia al Indulto en el art. 666.4 tiene como premisas una previa condena, que ésta haya sido indultada, y su alegación en un nuevo procedimiento con el mismo objeto. Y ello solo era posible con los indultos generales, que se podían conceder sin existencia de sentencia condenatoria, puesto que el Indulto particular –excluido el general por la Constitución– exige de condena firme en sentencia. La referencia al Indulto en el Real Decreto de 1882 lo es en relación al

es tanto el reconocimiento material de la institución, sino que ésta se prevé junto al indulto como expresiones con un común efecto, y que la amnistía tiene su incidencia en el seno del proceso penal, determinando el momento procesal en el cual debe invocarse.

Como corolario a lo expuesto, la amnistía es, a nuestro entender, una de las manifestaciones del *derecho de gracia*, de naturaleza legislativa, cuyo sentido es, en palabras del Carl Schmitt *“un acto mutuo de olvidar. No es ni un indulto ni una limosna. Quien acepta la amnistía también tiene que darla, y quien concede amnistía tiene que saber que también la recibe Si nos falta la fuerza y la gracia del olvidar mutuo, debíamos conservar, por lo menos, el recuerdo de un resto de derecho sagrado, para que el último remedio, la capacidad de olvidar mutua, no se pierda por completo”*⁴⁸⁰.

indulto general. Los llamados “indultos a prevención” y los indultos generales determinaron la expresa mención del indulto como un artículo de previo pronunciamiento en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero la prohibición constitucional respecto a los indultos generales del art. 62.i), ha determinado la pérdida de toda virtualidad del art. 666.4º respecto al Indulto.

⁴⁸⁰ *“Hoy día se habla mucho de amnistía. Se cree que amnistía significa que el Estado deja de perseguir una gran cantidad de acciones o delitos. Así, la amnistía se convierte en un indulto colectivo o en una abolición colectiva, es decir, abolición del procedimiento penal y judicial. Las descargas que implica la amnistía son, sobre todo, descargas del aparato de persecución estatal. Naturalmente estas descargas tienen también su ventaja para el interesado, no hay que olvidarse. Sin embargo, no estaría de más recordar el carácter esencial de la amnistía: la amnistía es una de las formas primordiales de la Historia del Derecho. No olvidemos que se trata aquí de algo imprescindible, que es, al mismo tiempo, algo increíblemente difícil. Una amnistía en el sentido verdadero y auténtico de la palabra significa nada menos que la terminación de la guerra civil.*

No es fácil terminar una guerra civil. En la actualidad parece casi imposible. Los hombres apenas son capaces de terminar sus guerras interestatales y de encontrar un camino hacia la paz interestatal. Entonces, ¿cómo van a encontrar un camino hacia la paz en el interior del Estado, que termine la guerra civil? Forma parte de la guerra civil que cada bando trate al otro como criminal, asesino y saboteador. En la guerra civil, el vencedor de turno está sentado encima de su derecho como encima de un botín. Se venga en nombre del derecho. ¿Cómo es posible romper el círculo vicioso de este mortífero tener razón? ¿Cómo puede terminar la guerra civil?

La respuesta está en nuestra capacidad para la amnistía. Mejor dicho, en nuestra fuerza para una auténtica amnistía. Si no entendemos por amnistía nada más que una limosna miserable, que permite al desposeído de sus derechos un paseo por el patio de la prisión, sería mejor no seguir hablando, para no falsificar un gran concepto. No es tan fácil terminar una guerra civil. Después de falsificar tantas palabras, ideas e instituciones, debíamos por lo menos tener cuidado de no envenenar la palabra clave de la paz La amnistía es un acto mutuo de olvidar. No es ni un indulto ni una limosna. Quien acepta la amnistía también

5.- Las referencias constitucionales al derecho de gracia

En el texto constitucional se hace referencia a la *gracia*, con diferentes términos, en tres preceptos:

Art. 62.i) CE: *“Corresponde al Rey: i) Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales”*

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

Art. 102.3 CE: *“1. 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. 2. 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. 3. La prerrogativa real de gracia no será aplicable a ninguno de los supuestos del presente artículo”*

tiene que darla, y quien concede amnistía tiene que saber que también la recibe Si nos falta la fuerza y la gracia del olvidar mutuo, debíamos conservar, por lo menos, el recuerdo de un resto de derecho sagrado, para que el último remedio, la capacidad de olvidar mutua, no se pierda por completo. ¿Quién nos dará la fuerza y quién nos enseñará el arte del buen olvidar? Schmitt, C. “Amnistía es la fuerza de olvidar”. Artículo original escrito en 1945 y publicado en el Diario EL PAIS, el 21 de enero de 1977

Las referencias a la *gracia*, se efectúan utilizando tres términos que, en apariencia, podrían evidenciar conceptos diferentes: *derecho de gracia* (art. 62.i); prerrogativa de *gracia* (art. 78.3); prerrogativa real de *gracia* (art. 102.3). Y cada una de dichas referencias se realiza en relación con tres diferentes órganos y funciones del Estado: la Corona, el Legislativo, y el Ejecutivo.

Así, el art. 62.i) CE determina que el Rey ejerce el *derecho de gracia*; el art. 78.3 CE excluye de la iniciativa popular -para la presentación de proposiciones de ley- lo relativo a la prerrogativa de *gracia*; el art. 102.3 CE prohíbe la aplicación de la prerrogativa real de *gracia* a supuestos de exigencia de responsabilidad criminal de los miembros del Gobierno. Y una primera valoración del uso de diferentes términos podría llevar a plantear que se trata de diferentes manifestaciones de la *gracia*.

Sin embargo, *derecho de gracia* y prerrogativa de *gracia*, responden a la misma idea de clemencia en el Estado, manifestada en el perdón. El correcto entendimiento de los diferentes términos exige que estos deban atender a la consideración histórico-jurídica de los mismos, la cual va a advertir que derecho y prerrogativa señalan un mismo concepto y están determinadas por el atributo de la soberanía histórica del monarca.

La *gracia* se manifiesta en un acto soberano, tanto por su origen -en su configuración como derecho-prerrogativa del rey soberano- como por su significado -el perdón es un acto de poder de quien impone el castigo; quien tiene el poder para castigar tiene el poder para perdonar-, y el *ius puniendi* corresponde al soberano del Estado, en las diferentes formas históricas de atribución de la soberanía. La atribución subjetiva que se determina con los términos derecho-prerrogativa en el Rey, es, por ello,

una reminiscencia histórica que ha identificado a la *gracia*, y que, en la actualidad, se integra en el mismo concepto de *gracia*, sin connotación de poder a favor del Rey.

La *gracia* era un histórico derecho subjetivo cuyo titular era el Rey. La utilización indistinta de ambos términos -derecho y prerrogativa- en el texto constitucional para referirse a la *gracia*, evidencia la asunción por el constituyente del anacronismo de la institución, pues no ha despojado su identificación de los términos incompatibles con el modelo de Estado de Derecho, sino que los acoge como adjetivación de la *gracia*, pero sin contenido efectivo. Ambos términos necesitaban un titular a quien se le atribuía el derecho y la prerrogativa, y este era el Rey soberano.

La utilización del término *derecho de gracia* evoca a un poder atribuido expresamente al Rey como soberano del Estado, del cual era su titular efectivo. Un derecho público subjetivo de carácter absoluto, no otorgado sino propio, pues tiene su título en la soberanía que ostentaba el Rey. Como hemos indicado en este estudio, no es conciliable con el Estado de Derecho que la *gracia* sea un derecho subjetivo, pues en el Estado la soberanía es un elemento y cualidad de la condición estatal, y su titular el pueblo-nación, no permite la individualización de tal soberanía ni que, entre las facultades inherentes a la soberanía, la correspondiente al *ius non puniendi* sea susceptible de una atribución expresa a un titular, que residencie su ejercicio como un verdadero derecho subjetivo.

Por su parte, con la utilización de la palabra “prerrogativa” se retoma la terminología anterior a la Constitución de Cádiz de 1812, pues a partir de este texto constitucional, el término prerrogativa fue sustituido por la su concreta manifestación en el indulto en el resto de las constituciones

hasta la de 1978. Tan solo –como indica Linde Paniagua⁴⁸¹- en las Leyes Fundamentales de la dictadura franquista se volvió a utilizar el término prerrogativa, que fue el que también acogió nuestra actual Constitución. El término prerrogativa hace referencia, según la RAE⁴⁸², a un privilegio o facultad que se concede a alguien, siempre relacionado con un titular que la ostenta o disfruta. Cuando el término prerrogativa se acompaña con el término “regio”, la misma la convierte en un derecho propio del Rey que es absoluto e inherente a la condición de soberano, equivalente al concepto de poder⁴⁸³.

⁴⁸¹ “La Ley Orgánica del Estado establecía en su artículo 6 como una de las competencias del Jefe del Estado el ejercicio de la «prerrogativa de gracia», lo que no tiene precedentes en nuestro derecho constitucional en que desde la Constitución de Cádiz (art. 171,13) se hace referencia a la citada manifestación de la clemencia con el término «indulto». Sin duda la terminología utilizada por la Ley Orgánica del Estado es anterior a la Constitución de 1869 en que desaparece la palabra «prerrogativa» hasta la recepción por la Ley Orgánica del Estado y, ahora, sorprendentemente, en la Constitución de 1978... Desde la Constitución de Cádiz en cuyo artículo 171,3 se dice: «Le corresponde (al Rey) como principales las facultades siguientes;... 3) Indultar a los delincuentes, con arreglo a las leyes.» Esta redacción se repetirá en las Constituciones de 1837 (art. 47,3) de 1845 (art. 45,3) en la no promulgada de 1856 (art. 52,10º) de 1869 (art. 73,6) y de 1876 (art. 54,3) coincidencia que sólo quiebra en la Constitución de 1931 en cuyo artículo 102, en uno de sus párrafos, decía: «El Tribunal Supremo otorgará los individuales (se refiere a indultos) a propuesta del sentenciador, del Fiscal, de la Junta de Prisiones o a petición de parte». De otra parte la terminología utilizada al respecto por las constituciones vigentes en Italia (art. 87), Alemania (art. 60), Francia (art. 17 y 65) y Portugal (art. 137,l,e) no es en supuesto alguno asimilable a «derecho de gracia », «prerrogativa de gracia» o «prerrogativa real de gracia» que se emplea en nuestra Constitución, que sin embargo, hemos convenido debe entenderse escuetamente como «indulto particular», salvo la utilización que hace el art. 87,3 que hay que comprender como amnistía” Linde Paniagua, E., “Amnistía e indulto en la Constitución española de 1978”, *ob. cit.*, págs. 57 y 64

⁴⁸² Diccionario RAE, “Prerrogativa”: “1. f. Privilegio, gracia o exención que se concede a alguien para que goce de ello, anejo regularmente a una dignidad, empleo o cargo. 2. f. Facultad importante de alguno de los poderes supremos del Estado, en orden a su ejercicio o a las relaciones con los demás poderes de clase semejante. 3. f. Atributo de excelencia o dignidad muy honrosa en algo inmaterial”

⁴⁸³ “Pero ¿qué es exactamente la prerrogativa regia? ¿Cómo conceptualizar y definir la posición constitucional de la Corona y el ejercicio de sus atribuciones? Prerrogativa, prerrogativas, poderes, facultades, funciones, poder real, poder moderador: todos esos términos se usaban, y en cierto modo se usan, para definirla. Aquí optamos por la denominación de prerrogativa regia por la sencilla razón de que era, con mucho, la más frecuente entre los políticos dinásticos. Un somero análisis del lenguaje muestra claramente que en ella se condensa todo el conjunto de significaciones atribuidas a la Corona” Calero Amor, A.M., “La prerrogativa regia en la Restauración: Teoría y práctica”, *Revista de Estudios políticos*, núm. 55, enero-marzo, 1987, pág. 274

Tanto la utilización del término “derecho”, como “prerrogativa”, resultan ajenos a la naturaleza de la *gracia* en el Estado constitucional. Son una referencia al origen histórico de la institución, de las cuales no pueden extraerse consecuencias jurídicas diferentes a la simple nominación de la *gracia* en la Constitución. No cabe plantear que el término “derecho” se esté utilizando para designar una manifestación de la *gracia* diferente a la que corresponde al uso del término “prerrogativa”, pues ambos se deben entender desde su nominación indistinta, como atributo histórico de la institución, pero sin valor efectivo.

Así, aunque el art. 62.i) utiliza el término *derecho de gracia*, referido a las funciones del Rey, el art. 78.3 utiliza el término prerrogativa de *gracia* en relación con el poder Legislativo –como exclusión de la iniciativa popular e implícitamente como materia susceptible de integrar norma con rango de ley- y el art. 102.3 utiliza el de prerrogativa real de *gracia* respecto a la exclusión de la *gracia* a los miembros del Ejecutivo, no estamos ante diferentes manifestaciones constitucionales de la *gracia* sino que trata de explicitar las diferentes formas de nominar a un mismo instituto.

Tal consideración se realiza al advertir que no existe ninguna referencia constitucional a manifestaciones de la *gracia* determinadas, específicas para cada uno de los poderes y órganos del Estado a los que acompaña cada mención, sino la consideración genérica con remisión al concepto jurídico constitucional de la clemencia con una manifestación prohibida –indulto general- y dos manifestaciones constitucionalmente admisibles que son el indulto particular y la amnistía.

La identidad conceptual entre *derecho de gracia* y prerrogativa, se hace explícita en la Exposición de Motivos de la Ley de indulto de 1870: “En el

*artículo 73 de la Constitución del Estado se otorga al Rey la facultad de conceder indultos particulares con sujeción a las leyes. Es, por consiguiente, manifiesto que debe haber una ley con arreglo a cuyas disposiciones la Corona ha de ejercer tan preciosa prerrogativa. He aquí por qué el Ministro de Gracia y Justicia tiene el honor de someter a la aprobación de las Cortes Constituyentes el adjunto Proyecto”. Y si bien es cierto que la Constitución de 1869 –a la que se refiere en la remisión al art. 73 de la Constitución del Estado-, no utiliza el término *derecho de gracia*, también lo es que la Constitución de 1978 toma referencia en la Ley de indulto de 1870 para institucionalizar el *derecho de gracia*.*





CAPÍTULO VIII

EL INDULTO: UNA DISFUNCIÓN CONSTITUCIONAL

El indulto es, por concepto y naturaleza, una excepción en el Estado de Derecho. Es una institución que excepciona la norma penal, afectando al principio de legalidad y de seguridad jurídica; que incide en el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. El indulto es una institución constitucional. Y con su reconocimiento en nuestra Constitución, tales afecciones son admisibles por la voluntad del poder constituyente, pues no puede concebirse el indulto sino asumiendo que éste tiene, en su misma esencia, la naturaleza de la excepción.

Pero la materialización del indulto en su configuración actual determina una incidencia en las competencias constitucionales del poder Judicial, por decisión del legislador. Y, por ello, hay que distinguir entre aquellas disfunciones constitucionales que están ínsitas en la naturaleza de esta institución, de otras disfunciones que pudieran ser evitadas a través de una regulación legal diferente. En concreto, hay que diferenciar entre el indulto, como instituto excepcional constitucionalizado, del acto con el que se materializa la concesión del indulto, atribuido materialmente al poder Ejecutivo.

1.- Naturaleza jurídica

La naturaleza del indulto está definida por la tradición jurídica y, desde ésta, el constituyente la asume y la constitucionaliza. El indulto que en la Constitución Española se admite como manifestación del ejercicio del *derecho de gracia*, está determinado por el concepto jurídico de indulto admitido en nuestro ordenamiento hasta la génesis de la Constitución y desde la Norma Suprema se compatibiliza con el resto de los contenidos constitucionales.

La determinación de los elementos configuradores del indulto resulta la primera cuestión a plantear, puesto que de ésta se desprenderán cuales conforman la esencia de la institución y, por tanto, son imprescindibles para su efectiva concreción, pues son los tomados en consideración por el constituyente para implícitamente tenerlos por confirmarlos como los propios de la naturaleza constitucionalizada del *derecho de gracia*. Y la identificación de éstos, pasa por concretar los elementos que sí que han sido expresamente determinados por el constituyente, y por los que se desprenden de la regulación legal del indulto en la Ley de 1870.

En primer lugar, el indulto es un acto que expresa la soberanía del Estado. El *ius puniendi* es, para Arturo Rocco, “*la facultad del Estado de actuar en conformidad con las normas de derecho (derecho penal en sentido objetivo) que garantizan la consecución de su finalidad punitiva a pretender de otro aquello a lo que está obligado por la norma misma*”⁴⁸⁴, y

⁴⁸⁴ Rocco, A., “*Sul concetto del diritto subiettivo di punire*”, *Opere Giuridiche. Scritti giuridici vari*, vol 3º, Ed. Società Editrice del Foro italiano, Roma, 1933, págs. 127-152. *Cit.* en Suay Hernández, B., “*Refutación del Ius Puniendi*”, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam"*, Arroyo Zapatero, L.A., Berdugo Gómez de la Torre I., (coord.), vol. 1, 2001, pág. 721. La misma autora sigue indicando que “*El derecho de*

desde la superioridad del Estado en el ejercicio de su poder soberano, el indulto es manifestación de la misma potestad. El poder para decidir el delito y su castigo, tiene la misma naturaleza que el poder para decidir lo que no debe castigarse, o que el castigo no se aplique, esto es, el *ius non puniendi*.

El *ius puniendi*, como competencia del Estado, expresa el derecho de castigar concretado en la determinación de los delitos y las penas que le son aplicables⁴⁸⁵, a partir el cual se estructuran los principios rectores constitucionales en el ámbito punitivo, los criterios hermenéuticos del Derecho Penal, y también la competencia de los tribunales de justicia para el conocimiento de los hechos delictivos, ejerciendo materialmente, para el caso concreto, el *ius puniendi* estatal.

penar es un derecho subjetivo público del Estado, y más exactamente, un particular derecho de supremacía derivado del status subiectionis general de los súbditos y de la obediencia política. El fundamento jurídico del derecho de penar reside en la soberanía del Estado; ésta es la causa última a la que, jurídicamente, puede referirse el ius puniendi del Estado. Más allá de la soberanía podrá aducirse un fundamento ético o filosófico de la pena, pero no jurídico"

⁴⁸⁵ "El Estado es, sin cortapisa, libre para declarar qué conductas son delictivas y cuáles no y la gravedad de la sanción penal a imponer a las primeras (es lo que se denomina *ius puniendi*). Marino BARBERO SANTOS respondió a esta cuestión: "el Derecho no es una concesión que el Estado haga a los ciudadanos, sino el sólo medio en que vive y manifiesta su existencia. Fuera del Derecho no hay Estado" y acabó refiriendo la cuestión a la regulación de la convivencia humana en sociedad, aunque asumiendo una concepción finalista del Derecho penal, según la cual, la misión de éste es la de protección de la sociedad. Para los juristas alemanes de finales del siglo XVIII y del XIX, el *ius puniendi*, como derecho subjetivo de penar, *Strafgewalt*, o potestas criminalis, legitimaba las leyes penales o Derecho penal en sentido objetivo. El *ius puniendi* era inherente a la soberanía del Estado, constituía la *peinliche Hoheit* e incluía la potestad de legislación penal, la potestad judicial y la ejecutiva⁷. El desarrollo del positivismo (normativo) en la doctrina penal, modificó la anterior comprensión hasta tal punto que la invirtió: el derecho penal subjetivo pasó a ser una consecuencia del Derecho penal objetivo. Esta inversión se llevó a cabo y se consolidó a partir de los postulados de la doctrina de los derechos públicos subjetivos. Desde mediados del siglo XIX, juristas como STAHL, GERBER, LABAND o JELLINEK elaboraron la doctrina de los derechos públicos subjetivos, a partir de la rica tradición germánica sobre el Derecho y los derechos de SAVIGNY, PUCHTA, WINDSCHEID y IHERING entre otros⁸. Dicha doctrina estableció como premisa básica la sumisión del Estado (liberal) al Derecho; en contraste con el modelo de la monarquía absoluta, el Estado se transformó en un sujeto disciplinado jurídicamente entre otros sujetos; de modo que dejó de estar al margen y por encima de la ley para situarse dentro de y sometido a, la ley" Suay Hernández, B., "Refutación del *Ius Puniendi*", *ob. cit.*, pág. 721

En segundo lugar, el indulto es una función del Rey. El tenor literal del art. 62.i) CE expresamente determina al Rey como única institución del Estado relacionada con el *derecho de gracia*, encomendando a éste su ejercicio. Como ya se ha indicado, tal ejercicio no determina que sea el Rey quien tenga a su disposición el contenido material de la decisión de conceder el indulto –advertida su posición constitucional y la necesidad de refrendo de sus actos-. El Rey debe ejercer el *derecho de gracia* en su misión representativa del Estado, y, por ello, su participación en éste es ritual.

Pero tal cometido, está explicitando la determinación del constituyente respecto a la naturaleza del acto encomendado, que, a su juicio, exige la participación del más alto representante del Estado. No es, pues, solo la consideración formal como acto lo que requiere la intervención del Rey, sino que con ésta se cualifica el valor material del mismo, al expresarse a través de la jefatura del Estado. En tal sentido, el constituyente está asumiendo la trascendencia del *derecho de gracia* como excepción del sistema constitucional, y la explicita a través de la manifestación de su más alto representante, el Rey, como titular de la jefatura del Estado⁴⁸⁶.

Si el constituyente sitúa el ejercicio del *derecho de gracia* como función de la más alta magistratura del Estado, lo hace asumiendo que con tal

⁴⁸⁶ “La intervención del Rey en un acto jurídico significa la intervención del Estado en su unidad. Por eso se puede atribuir formalmente al Rey, sin esfuerzo dogmático, la potestad de excepcionar la ejecución de una sentencia penal mediante la condonación en todo o en parte de la pena que se indulta y que ha sido impuesta por Tribunales a los que compete exclusivamente juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, por exigencia del artículo 117.3 CE. La atribución al Rey del derecho de gracia se explica porque es el único órgano que, sigue ostentando constitucionalmente "en posición" la condición de vértice de los tres poderes en nuestro Estado social y democrático de Derecho. «La justicia"... "se administra en nombre del Rey» (artículo 117.1 CE) y la interferencia que un indulto singular crea en las funciones constitucionales que tienen atribuida hoy en forma exclusiva los Tribunales del orden penal puede explicarse sólo si es el Rey quien perdona la pena”. Voto particular del Magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, en Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Pleno, de 20 de noviembre de 2013

función se exterioriza el contenido material de una potestad que estará a la altura del órgano constitucional que la debe manifestar. Con ello, el *derecho de gracia* pasa a ser admitido implícitamente, como función de Estado, constitucionalizando las disfunciones que éste implica sobre el resto del sistema constitucional.

En tercer lugar el indulto significa perdón. La concreción del significado del indulto se efectúa en la Ley de indulto de 1870, recogiendo el acervo histórico sobre dicha institución, desde tiempo inmemorial. El *derecho de gracia* tiene una manifestación concreta en el indulto, y éste tiene a su vez, dos manifestaciones: el indulto general y el indulto particular. El indulto general, prohibido por la Constitución, y el indulto particular tácitamente admitido por el constituyente, desde la expresa prohibición del general. La vigencia de la Ley de indulto de 1870 al tiempo de los trámites constituyentes, advierte que el contenido de dicha norma era el elemento referencial para la constitucionalización del *derecho de gracia* en la expresión que la meritada norma regulaba: el indulto particular.

Los elementos determinantes de la prohibición del indulto general, y de ellos, la concreción de lo admisible constitucionalmente en el indulto, se presentan, además, como parte del contenido esencial de la naturaleza del indulto, pues lo prohibido es el límite a lo permitido. El perdón, en el indulto, a) no puede ser genérico ni indeterminado respecto a los sujetos que se beneficien de él; b) no puede otorgarse sin la previa declaración de responsabilidad criminal en sentencia firme condenatoria; c) no se puede conceder sin atender a criterios de justicia, equidad y utilidad pública.

En cuarto lugar, el indulto supone la inejecución de la pena impuesta en una sentencia firme. La concesión de un indulto determina, según la ley

penal, la extinción de la responsabilidad criminal y, desde ésta, que la pena impuesta en sentencia firme condenatoria no se pueda ejecutar, al dejar de ser criminalmente responsable el beneficiario del indulto. La inexecución se plantea desde elementos externos al derecho positivo, ya que la inexistencia de responsabilidad criminal es, en realidad, solo una ficción legislativa.

El condenado es de *iure*, responsable penal de los hechos por los que ha sido condenado. Tal responsabilidad se determina en la recta aplicación del derecho, por los jueces y tribunales. La concesión del indulto, no es, en puridad, una exclusión de la responsabilidad criminal, pues resulta presupuesto previo para el otorgamiento del beneficio, la firmeza de una resolución judicial que, expresamente, se haya pronunciado sobre dicha responsabilidad criminal, declarando la misma. El indulto no puede así atacar la declaración de responsabilidad penal ni, a nuestro juicio, llegar a afectarla, pues tal declaración es el elemento esencial de la condena y se integra en la función constitucional de la jurisdicción⁴⁸⁷.

El indulto sólo afectaría a la pena, pues la propia Ley de 1870, se refiere, en cuanto a sus efectos, únicamente a ella –remisión, conmutación-, no a la responsabilidad criminal, que es condición necesaria para tramitar y otorgar el indulto. El perdón de la pena sería más adecuado situarlo, en

⁴⁸⁷ “La punibilidad no se ve menoscabada, puesto que subsiste, abstractamente en la previsión de la norma, pero a pesar de ello, la institución del indulto puede afectar a la restauración de la vigencia de la norma, pues ésta tras la comisión del delito, se estabiliza habitualmente mediante la pena, y toda clemencia irrumpe de forma abrupta en dicha estabilización, desestabilizando el sistema.(...) Expresión de la señalada naturaleza jurídica otorgada al indulto es que, en cuanto que el Real Decreto de indulto al modificar y sustituir a la sentencia en que se impusieron la pena o penas que remite, aunque sin suprimirla, despliega los efectos de una decisión jurisdiccional, pues se confiere al propio Tribunal que dictó la sentencia la ejecución de la gracia otorgada conforme establece en artículo 31 de la Ley de la Gracia de Indulto, quien procederá a su cumplimiento por los términos prevenidos en el Libro VII de la Ley de Enjuiciamiento Criminal” Herrero Bernabé, I., “El Derecho de Gracia : Indultos”, *ob. cit.*, pág. 121

la norma penal, como una causa de inejecución de la sentencia, que se hace no ejecutable, sin necesidad de recurrir al equívoco de extinguir la responsabilidad criminal del condenado.

2.- Justificación del indulto en el Estado de Derecho

El indulto no es un vestigio histórico. Su reconocimiento en la totalidad de los textos constitucionales de nuestra historia, advierte la existencia de una necesidad que es satisfecha por el indulto, con independencia del momento en el que se haya aplicado. El indulto expresa el desajuste entre la norma penal y la justicia, que solo puede tener su remedio con el otorgamiento de la *gracia*⁴⁸⁸.

El derecho positivo se demuestra insuficiente para alcanzar el principio de justicia que la Constitución advierte en su Preámbulo⁴⁸⁹ y explicita en

⁴⁸⁸ *“Para enfocar adecuadamente el presente asunto, es conveniente comenzar haciendo dos consideraciones de alcance general sobre el indulto. La primera es que, contrariamente a lo que algunos piensan, el indulto no es una reliquia del pasado, un vestigio del antiguo poder absoluto del príncipe. Antes al contrario, el derecho de gracia, del que el indulto es una manifestación, sigue teniendo sentido en un moderno Estado democrático de derecho. Así lo demuestra que la mayor parte de los ordenamientos occidentales, aun con diferentes regulaciones, reconocen el derecho de gracia; y así lo demuestra, sobre todo, que el derecho de gracia constituye una especie de válvula de seguridad para hacer frente a posibles consecuencias indeseables de una aplicación estricta de la ley. Y entiéndase bien: cuando se afirma que el derecho de gracia sirve para moderar un posible rigor excesivo, no hay que pensar únicamente en aquellos casos en que razones de equidad o de justicia material aconsejan una reducción o un perdón de la pena impuesta. El derecho de gracia también puede cumplir una importante función en aquellos otros casos en que, sin que medien serias razones de equidad o de justicia material a favor del reo, otras consideraciones de interés general aconsejan la clemencia. Piénsese, por no poner más que ejemplos obvios, en la necesidad de asegurarse la colaboración de confidentes en organizaciones criminales, o la de suavizar conflictos en las relaciones internacionales”.* Voto particular concurrente del Magistrado D. Luis María Díez-Picazo Jiménez, en Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Pleno, de 20 de noviembre de 2013, *ob. cit.*

⁴⁸⁹ Preámbulo, Constitución Española: *“La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran ...”*

su art. 1.1 como valor superior del ordenamiento jurídico⁴⁹⁰. Tiene así el indulto su fundamento constitucional en la consecución de la justicia y en ella se residencia su compatibilidad con el Estado de Derecho.

El indulto es un instrumento para adecuar el rigor de la norma penal a las exigencias sociales, matizar el carácter abstracto de la ley positiva, para remediar injusticias que puede causar la aplicación del derecho, para corregir los errores y las disfunciones del sistema judicial, para paliar los efectos que la pena puede causar a individuos determinados. En definitiva, para alcanzar la justicia en el caso concreto, cuando ésta no se alcanza en la aplicación de la ley penal⁴⁹¹.

Pero la admisibilidad del indulto exige su pleno sometimiento a la ley y al principio de legalidad, desde un ejercicio restrictivo y excepcional, por tratarse de una potestad extraordinaria, pues determina una alteración

⁴⁹⁰ Art. 1.1, Constitución Española: *“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”*

⁴⁹¹ *“La institucionalización de la prerrogativa de gracia en la Constitución de 1978 obedece a razones de interés público constitucional, pues responde a la necesidad de arbitrar mecanismos que permitan al Gobierno -en su función de dirección de la policía criminal- eximir del cumplimiento de las penas impuestas por un tribunal de justicia en sentencia firme, mediante la concesión de indultos particulares, atemperando el rigor del ius puniendi del Estado en supuestos en que concurren circunstancias humanitarias, de justicia material, equidad o utilidad pública o conveniencia social. «[...] Que esa idea de justicia que debe informar el Estado de Derecho según el Texto Constitucional no tendría satisfacción cumplida si entre el supuesto de hecho y la pena o consecuencia jurídica no existiera una relación de justa proporcionalidad, que abstractamente se deduce del art. 15 de la Constitución, y que en forma concreta debe observarse al realizar por el Tribunal la individualización de la pena, y en este trance, donde reside el aspecto más delicado de la función juzgadora, aunque el resultado mortal se halle vinculado por una relación de previsibilidad al robo con violencia e intimidación concertado, arrastra tras de sí, haciendo la aplicación rigurosa y correcta de las disposiciones legales que ha hecho el Tribunal de instancia, unas penas desmedidas en relación con la culpabilidad de los agentes si se tienen en cuenta los medios violentos de utilización para la realización de los hechos y ese menor grado de malicia da lugar a que se estime excesiva la pena impuesta, y justifique del Tribunal para elevar al Gobierno de la Nación propuesta de lindulto parcial en los términos que expresará la pertinente exposición, de acuerdo con lo prevenido en el párr. 2º del art. 2 del C. P. y art. 902 «in fine» de la L. E. Crim.»”. Voto particular del Magistrado D. José Manuel Bandrés Sánchez en Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Pleno, de 20 de noviembre de 2013, ob. cit.*

de los principios constitucionales. Siendo así, el indulto es compatible con el Estado de Derecho, en la medida que cumpla con la finalidad que determina su existencia, y se someta a la Constitución y a la ley⁴⁹². Sin embargo, el control del indulto, solo puede extender su fiscalización a los aspectos del cumplimiento de sus aspectos formales, el cual no alcanza al contenido material de la decisión⁴⁹³.

Precisamente, la decisión que determina la concesión del indulto solo se sitúa en la órbita de la voluntad libérrima de quien ostenta la potestad para su concesión. Es esta voluntad la que debe tomar en consideración el aparente conflicto entre derecho positivo y justicia material -pues en tal consideración debe entenderse a la justicia en contraposición con la norma jurídica-, para resolver en definitiva, desde su único criterio, con la necesaria prevalencia de la justicia⁴⁹⁴, pues solo así se alcanzaría una

⁴⁹² *“La regulación constitucional del derecho de gracia se contempla específicamente en los artículos 62 i), 87.3 y 102.3 de la Constitución, aunque para comprender la naturaleza, alcance y significado de esta función regia es preciso considerar otras disposiciones constitucionales que delimitan su recto ejercicio. En este sentido, cabe advertir que el ejercicio del derecho de gracia, conforme a una interpretación integradora y sistemática de la Constitución, fundamentada en el principio de unidad de la Constitución, está supeditado y condicionado por los siguientes mandatos y exigencias de carácter sustantivo: ser congruente con el valor justicia (artículo 1.1 CE), respetar el principio de legalidad y el principio de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE), ser conciliable con la salvaguarda de los derechos de las víctimas (artículos 10 y 24 CE), y preservar el derecho de los penados a la reinserción social”.* Voto particular del Magistrado D. José Manuel Bandrés Sánchez en Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Pleno, de 20 de noviembre de 2013, *ob. cit.*

⁴⁹³ *“Examinado el indulto con una visión sustancialista del derecho de gracia concluyo que todo indulto se concede, y desde hace más de dos mil años, por razones de bondad y de equidad (antigua clementia Principis). Cuando se respetan -como no puede ser de otra forma en un Estado social y democrático de Derecho- todos, y cada uno, de los límites formales y todas, y cada una, de las prohibiciones que marca el legislador de 1870 (y ha revisado el de 1988), el indulto es fruto de una libre estimación subjetiva. Debe ser sometido, sin duda, a controles políticos, parlamentarios o del mismo electorado pero no es susceptible de ser articulado en un juicio de Derecho por lo que no puede ser controlado por los Tribunales de lo contencioso-administrativo más que en sus aspectos formales”.* Voto particular del Magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, en Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Pleno, de 20 de noviembre de 2013, *ob. cit.*

⁴⁹⁴ *“La gracia del indulto, aún justificada su existencia en el intento de consecución de la justicia material del caso concreto inspirado en el valor justicia (art. 1 CE), es una prerrogativa excepcional que sólo puede insertarse como institución en el seno del Estado constitucional, que se afirma como Estado de Derecho,*

auténtica justificación en la excepción del derecho al supuesto concreto al ejercer el indulto. Pero en la justicia material se encuentra también el principal obstáculo para la conciliación entre los principios y valores constitucionales y la concesión del indulto, por la inexistencia de pauta o referencia alguna para la determinación de lo justo o injusto.

2.1. La justicia material como justificación del indulto

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 20 de febrero de 2013, indica: *“La gracia del indulto, aun justificada su existencia en el intento de consecución de la justicia material del caso concreto inspirado en el valor justicia (art. 1 CE), es una prerrogativa excepcional que sólo puede insertarse como institución en el seno del Estado constitucional, que se afirma como Estado de Derecho, sujetándose al principio de legalidad, con lo que ello supone de límite pero también de presupuesto habilitante”* (Fundamento de Derecho 9º).

La justicia material es justificación del indulto en el Estado de Derecho en la medida que con éste se pretende la consecución de la justicia que no se ha alcanzado por la aplicación de la norma penal por parte de los tribunales. La contraposición se produce entre justicia y norma penal, ya que la aplicación de la norma jurídica por los órganos judiciales -la exigencia material de la existencia de una sentencia firme condenatoria- se presume conforme a derecho, por lo que el conflicto no se sitúa en la labor aplicativa de la norma -pues la misma es susceptible de revisión

sujetándose al principio de legalidad” (Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo de 20 de febrero de 2013)

por vía de recursos- sino en la norma en sí, en el derecho positivo, que puede generar situaciones de injusticia material⁴⁹⁵.

La existencia del indulto parte, así, de la posibilidad de que la norma se aplique justamente, pero que se produzcan consecuencias injustas, por lo que en tales casos la norma jurídica, rectamente aplicada, contradice el principio de justicia del art. 1.1 CE. La superación de la injusticia de la norma, en el caso concreto, se arbitra a través del indulto, pero no es éste el único instrumento para la consecución de la justicia material.

Un somero examen de la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo advierten que la consecución de la justicia material no solo se articula a través del *derecho de gracia* respecto a las sentencias firmes, sino que es un criterio hermenéutico de juzgados y tribunales, para la interpretación del derecho positivo. La crítica sobre tal función se pone de manifiesto en numerosos pronunciamientos, pero, y también, resulta admitido en otros muchos. La doctrina científica, por su parte, asume la aplicación de la justicia material con recelos y visión crítica⁴⁹⁶.

⁴⁹⁵ No toda la doctrina considera que el Estado de Derecho requiera de instrumentos para la consecución de la justicia material. Así, Pedraz Penalba considera que *"Hay que tomar distancia respecto de la idea de que la noción de Estado de derecho se realiza únicamente cuando este asuma una tarea de justicia distributiva (iura distributiva) esto es, la repartición de bienes materiales o de derechos. No es una tarea del Estado de Derecho garantizar la justicia material, sino la justicia del procedimiento, esto es, seguridad jurídica, y fiabilidad del derecho. Es aquí donde reside su función como garante de la libertad. Su tema es la seguridad del orden jurídico alcanzado. La Justicia material no es objetivo político, sino el resultado del objetivo político; el objetivo político es la libertad social cuya articulación exige una justicia distributiva"* Pedraz Penalba, E., "Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad", *La reforma del proceso penal en España*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1989, pág. 381

⁴⁹⁶ *"En un Estado de Derecho los deseos o conceptos personales de justicia material no podemos convertirlos en ley, sin pasar por el parlamento, y actuar como si estuvieran establecidos en la ley, si quiera sea porque el concepto de justicia material no es unívoco, sino multívoco en una sociedad plural como es la nuestra. Por eso es importante que sea el parlamento, como órgano de representación de la voluntad popular, quien determine dicho concepto y lo establezca en la ley"* Pérez Alonso, E., "Las últimas reformas del principio de justicia universal legalizadoras de la jurisprudencia creativa del Tribunal Supremo español", *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 32, 2002, pág. 160

La posibilidad de que los órganos jurisdiccionales apliquen el criterio de justicia material, parte de la misión de administrar justicia que recogen los arts. 117 y 119 CE, *“la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por jueces y magistrados integrantes del poder judicial”*, y se tendría habilitado en el art. 1.1 CE, al entenderse la justicia un valor superior del ordenamiento jurídico, pues la aplicación del derecho por los jueces y tribunales tiene como resultante ideal la justicia⁴⁹⁷.

No obstante, la articulación de argumentos ordenados a contraponer al derecho positivo el principio de justicia material, requiere de una duda sobre el valor intrínseco del ordenamiento jurídico para la consecución de la aspiración a alcanzar la justicia y se opone al valor del principio de seguridad jurídica, que, en la Filosofía del Derecho, expresa la moral interna del derecho⁴⁹⁸.

La consideración de la Administración de Justicia como una proyección material del valor de la justicia, o justicia material al caso concreto, es la identificación del concepto de justicia con el de jurisdicción. Resulta así hábil la labor de los jueces y tribunales para la consecución de una

⁴⁹⁷ *“Es en esta proyección material de la Justicia en la que cabe identificar a ésta con la jurisdicción: se “hace justicia” al impartirla, en cada caso concreto, aplicando el derecho positivo válido y vigente de acuerdo con las reglas sistémicas. Se “hace justicia” al dictar el Derecho justo de acuerdo con el sistema de fuentes normativas y de integración sustantiva (...) Se habla pues de la “justicia” como resultante ideal de la aplicación del Derecho operada por los jueces al impartir jurisdicción”* López Aguilar, J.F., *“Justicia y estado autonómico: orden competencial y administración de justicia en el estado compuesto de la Constitución española de 1978”*, Ministerio de Justicia, 1994, pág. 30

⁴⁹⁸ *El argumento de la justicia material en favor de la tesis del valor moral de la seguridad jurídica podría establecerse en estos términos: el respeto de las exigencias de la seguridad jurídica (o de la moral interna del derecho) impide a un legislador y a su sistema jurídico la consecución de ciertos grados de injusticia material o, al menos, los predispone de algún modo hacia la justicia material. Si esto es así, parece haber una buena razón para creer que la seguridad jurídica está dotada de algún valor moral intrínseco y también para justificar la expresión “moral interna del derecho”* García Manrique, R., *“Acerca del valor moral de la seguridad jurídica”*, *Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 26, Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, 1989, pág. 36

justicia no necesariamente positivizada. Tal argumento tendría aval en cuanto a la vinculación de los jueces y tribunales, no solo por la norma dispositiva, sino también por la garantía de la tutela de los derechos y libertades que se exige en su actuación a los órganos judiciales según el art. 7, apartados 1 y 2 LOPJ⁴⁹⁹.

La justicia material es un concepto indeterminado. Para aproximarnos a su significado, se puede tomar referencia en la definición de Ulpiano de la justicia: “*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*” -la justicia es la constante y perpetua voluntad de dar (conceder) a cada uno su derecho-⁵⁰⁰. Desde la inicial identificación de la justicia como un acto de derecho positivo, se pasó a un concepto de justicia como valor y finalidad del derecho, con la clásica división entre las posiciones del iusnaturalismo y el positivismo jurídico –cuestión que

⁴⁹⁹ “1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos. 2. En especial, los derechos enunciados en el artículo 53.2 de la Constitución se reconocerán, en todo caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido”

⁵⁰⁰ Betancourt Serna, F., “Derecho Romano Clásico”, Universidad de Sevilla, 2007, pág. 143. Continúa indicando que “El concepto de *iustitia* como el hábito de dar a cada uno su derecho, es un principio muy antiguo en la civilización occidental. En efecto, su primera formulación escrita aparece en Homero, *Odisea*, 14,84; Luego en Platón, *República*, 1,311, y Aristóteles, *Retórica*, 1,9; *Ética a Nicómaco*, 5,1. De Grecia pasó a Roma en Cicerón, *De finibus*, 1,24, y, fundamentalmente, en la jurisprudencia (*D.* 1,1,10). Adoptado por el Cristianismo en San Ambrosio, *De officiis*, 1,24, S. Agustín, *Civitate Dei*, 19,21, y S. Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, 2,2, quien define la Justicia como “el modo de conducta (*habitus*) según el cual un hombre, movido por una voluntad constante e inalterable, da a cada uno su derecho”. Dicha definición, como advierte S. Tomás de Aquino, no es más que una refundición de las acuñadas por el Derecho Romano, pero “estructurada de acuerdo con las leyes formales de la definición”. Según el pensamiento clásico, la justicia se realiza plenamente en una comunidad cuando las tres principales formas de relación entre los hombres, es decir, cuando las tres estructuras fundamentales de la vida común son “rectas”, es decir, ordenadas. Esas tres estructuras son las siguientes: i) las relaciones de las personas entre sí (*Ordo partium ad partes*), ii) las relaciones del todo social con las personas (*Ordo totius ad partes*), y iii) las relaciones de las personas para con el todo social (*Ordo partium ad totum*). A estas tres formas básicas de relación social responden las tres principales formas de justicia : i) la justicia conmutativa, reparadora o contractual, que regula las relaciones de la persona con la persona; ii) la justicia distributiva o asignadora, que regula las relaciones de la sociedad para con sus miembros, es decir, las personas; iii) la justicia legal o general, que regula las relaciones de los miembros (personas) para con el todo social”

excede el ámbito de este trabajo⁵⁰¹. Igualmente, la justicia se pone en relación con los principios de igualdad y proporcionalidad, a efecto de su concreción⁵⁰². La dignidad humana y los derechos fundamentales están estrechamente vinculados a la justicia para determinarse, siguiendo a De Domingo, en el criterio básico de justicia en el neoconstitucionalismo: *“La apuesta por el principio de proporcionalidad supone renunciar a una teoría material de la justicia en favor de una teoría procedimental de la justicia, pues en eso se traduce la apuesta por un procedimiento argumentativo disciplinado por reglas formales como el principio de proporcionalidad”*⁵⁰³.

Y lo cierto es que la invocación de la justicia material por parte de los órganos judiciales como pauta de resolución del eventual conflicto entre norma y justicia, ha sido recurrente y se pone en evidencia en multitud

⁵⁰¹ Sirva como referencia, Rodríguez Paniagua, J. M., “Historia del Pensamiento Jurídico”, Universidad Complutense, Madrid 1977, págs. 171 y ss.

⁵⁰² *“... los principios de igualdad y proporcionalidad se aplican al que crea los criterios y le piden que no introduzca diferenciaciones en el establecimiento de los criterios o que, dentro de ellos, introduzca sólo las diferencias que tengan una justificación objetiva... Son por tanto principios de Justicia material”* Larenz, K., “Derecho Justo, fundamentos de ética jurídica”, Madrid, 1985, pág. 138

⁵⁰³ *“Los derechos fundamentales son propiamente lo justo, aquello reconocido y/o atribuido a cada ciudadano mediante normas de rango constitucional, mientras que la dignidad es el título en que se funda dicho reconocimiento y/o atribución. Los derechos fundamentales se convierten en el criterio básico de justicia: aquellas acciones -tanto de particulares como de poderes públicos- y normas que los lesionen podrán calificarse de injustas y, por tanto, sería lógico que el ordenamiento jurídico dispusiera de mecanismos adecuados para reaccionar frente a ellas (...) dado que la dignidad se encarna y garantiza a través de los derechos fundamentales, no hay inconveniente en sostener que éstos expresan un valor objetivo que se erige en la piedra angular de la Constitución, lo que efectivamente les otorga una dimensión objetiva o institucional (...) la apuesta por el principio de proporcionalidad altera profundamente el sentido original de la concepción de la justicia que introduce el neoconstitucionalismo. Como se ha señalado, el neoconstitucionalismo sostiene que los derechos fundamentales constituyen el núcleo de lo justo y, en consecuencia, el criterio básico de justicia de la comunidad política. Semejante teoría de la justicia no puede admitir sin resultar incoherente que los derechos fundamentales sean restringidos -más allá de las restricciones contempladas en el propio texto constitucional- para preservar bienes colectivos, o que conductas que constituyen el legítimo ejercicio de un derecho fundamental -no prima facie- carezcan de protección institucional”,* De Domingo Pérez, T., “Neoconstitucionalismo, justicia y principio de proporcionalidad”, *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, núm. 56, 2007, págs. 250 y ss.

de pronunciamientos judiciales, de los diferentes órdenes, incluidos el Tribunal Supremo y Constitucional.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 89/2011, de 6 de junio, rechaza la aplicación jurisdiccional de la justicia material si ésta se opone al tenor de la Constitución: *“Y es que la justicia no es un valor ajeno y contrario al ordenamiento positivo, sino uno de los valores superiores del mismo (art. 1.1 CE) sin que sea lícito “sacrificar el cumplimiento de una norma constitucional..., en aras de una 'justicia material', que, entendida como algo contrapuesto a la Constitución, sería un concepto metajurídico inadmisibles para el juzgador”* reiterando lo ya expresando en Sentencia 20/1987, de 19 de febrero⁵⁰⁴, en el juicio entre la norma constitucional y la aspiración a la justicia material⁵⁰⁵.

⁵⁰⁴ Censurando la *“incongruencia por exceso cometida al condenar a un procesado por unos hechos que no fueron objeto de acusación constituye una violación de una de las garantías principales del proceso penal configurada en nuestra Constitución como derecho fundamental de todos. Se trata, ciertamente, de una garantía formal, pero es a través del respeto y del celoso cumplimiento de tales garantías como se ha de perseguir en el proceso la justicia. La vulneración del principio acusatorio cometida por la Audiencia Provincial y confirmada por la Sentencia de casación tiene sustantividad propia y merece el amparo de este Tribunal”*

⁵⁰⁵ *“No está de más recordar que el principio de intangibilidad de las Sentencias y demás resoluciones dictadas por los órganos integrados en el Poder Judicial forma parte del cuadro de garantías que el art. 24.1 CE consagra. No quiere decir ello que la formulación constitucional impida al legislador sacrificar la “santidad de la cosa juzgada” en aras del superior valor de la justicia, estableciendo supuestos de firmeza potencialmente debilitada; pero el derecho a la tutela judicial efectiva sí proscribire que, fuera de los supuestos taxativamente previstos, las resoluciones firmes puedan dejarse sin efecto. “Como indicamos en la Sentencia 67/1984, de 7 de junio, los principios de seguridad jurídica y de legalidad en materia procesal (art. 9.3 y 117.3 de la C.E.) vedan a los Jueces y Tribunales, fuera de los casos previstos por la Ley, ‘revisar el juicio efectuado en un caso concreto, si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad’, sea ésta sustantiva o meramente objetiva” (STC 15/1986, de 31 de enero, FJ 3). Y es que la justicia no es un valor ajeno y contrario al ordenamiento positivo, sino uno de los valores superiores del mismo (art. 1.1 CE), sin que sea lícito “sacrificar el cumplimiento de una norma constitucional..., en aras de una 'justicia material', que, entendida como algo contrapuesto a la Constitución, sería un concepto metajurídico inadmisibles para el juzgador” (STC 20/1987, de 19 de febrero, FJ 4)” (Fundamento Jurídico 5º)*

Igualmente se rechaza la posibilidad de una interpretación tendente a la consecución de la justicia material por el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 59/2006 de 27 de febrero, para admitir el acceso al Amparo del Tribunal: *“La pretensión del recurrente, en este sentido, de que este Tribunal Constitucional atienda a la consecución de la justicia material, invocando a tal fin los valores superiores del Ordenamiento jurídico de libertad y justicia, recogidos en el art. 1 CE, no sirven para desvirtuar lo dicho, puesto que, como es doctrina de este Tribunal, sólo son revisables en el amparo constitucional las resoluciones que vulneren los derechos a que se refieren el art. 53.2 de la Constitución y el art. 41.1 de nuestra Ley Orgánica, no integrando dichos principios, por sí solos, derechos fundamentales susceptibles de amparo (STC 112/1991, de 11 de abril, FJ 3, entre otras)”*⁵⁰⁶.

Sin embargo, la aplicación del criterio de justicia material, si ha sido admitido por el Tribunal Constitucional, en la interpretación por parte de los juzgados y tribunales de los requisitos de admisión de recursos, confrontándola a la norma reguladora de la jurisdicción, en la Sentencia 94/2009, de 20 de abril: *“Todo ello nos lleva a concluir que la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de inadmitir el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Sr. Sánchez Costas frente a la Resolución de 1 de agosto de 2003 que desestimó la solicitud de declaración de vía de hecho, porque dicho recurso se dirige contra un acto que es reproducción de otro anterior, definitivo y firme, resulta ser una interpretación y aplicación de los requisitos legales que sólo puede*

⁵⁰⁶ Con mayor contundencia se expresa el voto particular del Magistrado D. Álvaro Rodríguez Bereijo, a la Sentencia 222/1992, de 11 de diciembre: *“De otro modo, se corre el riesgo de caer en el puro decisionismo o en la “justicia del Cadi” haciendo justicia material del caso a través de la “optimización”, a golpe de Sentencia, del principio de igualdad del art. 14 C.E. en relación con el principio rector del art. 39.1 C.E., de la protección social, económica y jurídica de la familia”*

caracterizarse como rigorista, formalmente excesiva e inajustada a la justicia material del caso, máxime porque partimos de una actuación reconocida por la misma Administración de exceso de ocupación en la finca por parte de las empresas que llevan a cabo la obra”.

Y también en la interpretación del cómputo para la redención de penas por trabajo, el Tribunal Constitucional ha aplicado el criterio de justicia material en Sentencias del 39/2012, de 29 de marzo, 40/2012, de 29 de marzo, y 47/2012, de 29 de marzo: *”Esta nueva interpretación, como ya he destacado anteriormente, no puede considerarse que incurra en ningún defecto de motivación de carácter constitucional y, probablemente, da una mejor respuesta tanto desde la perspectiva de la justicia material como de la político-criminal. Del mismo modo, cabe afirmar que ni el derecho a la libertad ni la vinculación de su garantía legal con el principio de seguridad jurídica imponen la petrificación de una determinada interpretación del derecho”*⁵⁰⁷.

En diferentes pronunciamientos del Tribunal Constitucional encuentra la justicia material su encaje como criterio de interpretación de la ley, aplicable al caso concreto. Así, la Sentencia 141/1988, de 12 de julio, sobre la prueba de la carga fiscal: *”en todo caso, el incumplimiento de la carga fiscal, sea imputable a la parte o no lo sea, falsea el resultado del proceso, haciéndolo depender de la regularidad en el cumplimiento de las*

⁵⁰⁷ Continúa diciendo: *”La problemática inherente a la acumulación jurídica de penas lleva aparejada esa irresoluble disparidad criticada, porque ante la magnitud de los delitos acumulados quiebra la posibilidad de una respuesta de justicia material acorde a esa gravedad y entran en juego otros principios del Estado de Derecho que limitan la intervención a una duración de la pena de cumplimiento verosímil y a la vez compatible con la prohibición de penalidades contrarias a la dignidad humana. Ciertamente, dicha autolimitación no obsta, dentro de las regulaciones posibles, que sea más acertada aquella que permita una graduación ajustada a los diferentes grupos de casos de acumulación delictiva, como la que ofrece el nuevo Código penal de 1995 en su artículo 76, que un sistema único e indiferenciado de acumulación”*

obligaciones fiscales de una de las partes, con la consiguiente quiebra de los principios que tratan de establecer un equilibrio entre las mismas en orden a la formulación de alegaciones y aportación de medios de prueba, con el fin de asegurar la justicia material de la decisión”.

También para justificar el acceso al recurso de casación, en Sentencia 73/1990, de 23 de abril: *“Entrando ya en la primera de las vulneraciones denunciadas, debemos señalar que el recurso de casación fue originariamente concebido, más por razones políticas que jurisdiccionales, como un instrumento procesal de defensa de la Ley y de unificación de los criterios judiciales de interpretación de las normas jurídicas y, en virtud de ello, la introducción de cuestiones de hecho en tal clase de recurso fue inicialmente considerada como una cierta desnaturalización del mismo, que las leyes sólo admitieron de manera muy restrictiva y rígidamente formalista al objeto de reducir al máximo la admisión de dichas cuestiones de hecho. Esta concepción original fue, sin embargo, sometida a un largo y polémico proceso de superación que ha dado paso a la casi unánime doctrina actual que, por razones de justicia material y de la dificultad técnica que plantea la distinción entre el hecho y el Derecho, fuertemente contestada por un importante sector de la ciencia jurídica moderna, considera más conveniente y adecuado dar entrada en la casación, sin los antiguos recelos”.*

Y en Sentencias del Tribunal Constitucional 68/1998, de 30 de marzo, en el ámbito del derecho administrativo sancionador⁵⁰⁸, y 189/2005, de

⁵⁰⁸ “A este respecto, resulta altamente expresiva la evidencia con la que el propio Alto Tribunal sentenciador explícitamente advierte sobre la inutilidad de buscar diferencia alguna entre el supuesto explícito de los arts. 167 y concordantes R.R.I., y la hipótesis - ahora en cuestión y no prevista en tales preceptos- del sancionado con suspensión de sus funciones una vez culminado el procedimiento administrativo sancionador pero sin que tal sanción sea todavía definitiva. Que tal fuera la conclusión del supremo Tribunal de Justicia, resulta con completa evidencia de los párrafos 3º, 4º y 5º del fundamento

7 de julio⁵⁰⁹, sobre el deber de contribuir. Aunque la alegación de las partes para la aplicación de criterios justicia material como argumento de Amparo en sede constitucional es habitual, el Tribunal principalmente se refiere a él como mandato al legislador para que la norma jurídica se construya a partir del citado principio⁵¹⁰. Ello no implica que, según se advierte, el Tribunal rehúya su aplicación en determinadas situaciones.

Por su parte, el Tribunal Supremo, en trámite de Casación, advierte de la aplicación sistemática del principio de justicia material por parte de los juzgados y tribunales en su misión nomofiláctica, encontrándose al efecto numerosas sentencias de las diferentes Salas del Alto Tribunal en las que se hace referencia expresa a tal criterio, bien aplicado por los órganos judiciales en las causas de origen, bien por aplicación directa.

jurídico 1º C) de la Sentencia de casación, donde ampliamente se argumenta no sólo sobre la aplicabilidad al caso de las normas a la postre llevada a término, sino sobre las razones por las cuales, pese a no estar explícitamente contemplado el supuesto de la suspensión como sanción administrativa no meramente cautelar, sino como resultado del procedimiento administrativo, el párrafo último del art. 167 R.R.I. debió ser aplicado a tal situación, no sólo por elementales razones de justicia material -también expresadas en la resolución impugnada-, sino también por la más genérica de existir una regla de aplicación general a todas las suspensiones reglamentariamente previstas -la que exige el nombramiento de sustituto-, ninguna previsión en cuanto al caso concreto debatido, y la evidencia de no ser susceptibles las reglas sancionadoras de interpretación analógica extensiva"

⁵⁰⁹ "Como dijimos en las mencionadas SSTC 182/1997, 137/2003 y 108/2004, el art. 31.1 CE "conecta el citado deber de contribuir con el criterio de la capacidad económica (con el contenido que a este principio de justicia material se ha dado, fundamentalmente, en las SSTC 27/1981, 37/1987, 150/1990, 221/1992 y 134/1996), y lo relaciona, a su vez, claramente, no con cualquier figura tributaria en particular, sino con el conjunto del sistema tributario. El art. 31.1 CE, en efecto, dijimos tempranamente en la STC 27/1981, 'al obligar a todos al sostenimiento de los gastos públicos, ciñe esta obligación en unas fronteras precisas: la de la capacidad económica de cada uno y la del establecimiento, conservación y mejora de un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad' (FJ 4). Conforme a la propia literalidad del art. 31.1 CE queda claro, pues, que el Decreto-ley no podrá alterar ni el régimen general ni aquellos elementos esenciales de los tributos que inciden en la determinación de la carga tributaria, afectando así al deber general de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su riqueza mediante un sistema tributario justo" (FJ 7). De manera que vulnerará el art. 86 CE "cualquier intervención o innovación normativa que, por su entidad cualitativa o cuantitativa, altere sensiblemente la posición del obligado a contribuir según su capacidad económica en el conjunto del sistema tributario" (FFJJ 6 y 7, respectivamente)"

⁵¹⁰ V. gr., SSTC 76/1986, de 9 de junio, 147/1986, de 25 de noviembre, 157/1990, de 18 de octubre, 37/2012, de 19 de marzo, 70/1988, de 19 de abril, 47/1993, de 8 de febrero, 87/1996, de 21 de mayo.

Sirvan como muestra, en el orden Social, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 23 de julio de 2014, sobre la revisión de sentencias firmes, donde debe prevalece el principio de justicia material sobre el de seguridad jurídica⁵¹¹ (en el mismo sentido Sentencia de 18 de abril de 1991). En el orden penal, la Sentencia de 14 de mayo de 2005, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, sobre el momento procesal en el que se debe tener por dirigida la acción contra el culpable, donde el Tribunal, en su interpretación del art. 204 LECrim., afirma atender a razones de seguridad jurídica y justicia material⁵¹². Igualmente, en las Sentencias de 14 de octubre 1992, 6 de junio de 1993 y 10 de mayo de 1994 en la reparación de la lesión producida en el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, resuelta mediante la atenuación de la responsabilidad penal, fundada en razones de justicia material⁵¹³.

⁵¹¹ *“El recurso de revisión tiene una naturaleza extraordinaria, limitada a supuestos tasados recogidos en el art. 510 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Hemos venido afirmando, respecto al juicio de revisión, que “su finalidad última, «se orienta a la prevalencia del principio de justicia material sobre el de seguridad jurídica que acompaña a toda sentencia firme obtenida en un proceso judicial. De aquí que, en la pugna entre ambos principios, dotados en la actualidad de un reconocimiento jurídico-constitucional en los arts. 9 y 24 de CE, haya tenido que arbitrarse un sistema de protección combinada que propicie la adecuada pervivencia de uno y otro en términos de ajustada ponderación jurídica» (reproduciendo doctrina anterior, SSTs de 15/03/01 -rec. 1265/00 -; 26/04/05 -rec. 23/03 -; 31/10/05 -rec. 9/05 -; 24/07/06 -rec. 35/05 -; 24/10/07 -rec. 22/06 -; y 06/11/07 -rec. 26/06 -). Y al constituir una quiebra del principio de autoridad de la cosa juzgada [antes art. 1251 CC y actualmente art. 222 LECiv], el juicio de revisión no puede exceder de los estrictos límites que tiene legalmente demarcados, pudiendo únicamente ser pretendida a través de las causas previstas en la Ley, que se configuran como «numerus clausus» o «tasadas», imponiéndose -pues- «una interpretación restrictiva y rigurosa tanto de sus causas, como de sus requisitos formales», a fin de evitar que se convierta en un nuevo grado jurisdiccional en el que, al arbitrio de alguno de los litigantes y con menosprecio de la cosa juzgada, se intente volver a discutir casos ya debatidos y definitivamente resueltos, con olvido de que el recurso de revisión no se halla establecido para corregir sentencias supuestamente injustas, sino para rescindir las ganadas injustamente”*

⁵¹² El Tribunal recuerda que el artículo 204 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal obliga al juez a “dictar y firmar en el día siguiente en que se hubieren entablado las pretensiones que por ellos se hubieren de resolver”, y, en opinión del Tribunal Supremo, “el incumplimiento de esa obligación no puede suponer un perjuicio para el justiciable que se atuvo en su actuar a los plazos legalmente establecidos”

⁵¹³ En su Sentencia de 19 de junio, de 2012, la sala de lo Penal del Tribunal Supremo resolvía la aplicación de una atenuante no invocada por la defensa, por razones de justicia material: “En tanto que por lo que se refiere a la segunda de las objeciones que esta estimación pudiera merecer, cual es la de no haber sido instada la aplicación de esta atenuante por la Defensa del recurrente, en la instancia, si bien es cierto que en una correcta lógica procesal ello es así, tampoco deben olvidarse no sólo las razones de justicia material

En la jurisdicción contencioso-administrativa, la Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso-Administrativo, 19 noviembre de 2012, se aplica el principio de justicia material para justificar la reiteración de los actos administrativos anulados en el ámbito tributario. En la de 11 de febrero de 2009, menciona la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002 como el ejemplo de resolución ligada a la exigencia de justicia material, en materia de objeción de conciencia⁵¹⁴.

Y ello sin perjuicio de la invocación del principio de justicia material en innumerables resoluciones judiciales de juzgados y tribunales, como la pauta de enjuiciamiento de la norma jurídica en situaciones de franca insuficiencia de ésta, o en otras, donde el derecho positivo se manifiesta generando situaciones de injusticia real. Por ejemplo, el ya célebre Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre 2010, el cual admite la adjudicación de vivienda como mecanismo de extinción total de la deuda obligando al banco acreedor a aceptar las consecuencias de sus propios actos y, por tanto, a respetar el valor de tasación atribuido inicialmente a la vivienda, basada en la justicia material.

que abonarían la aplicación de una circunstancia tan evidente, sino, además, el hecho de que a la Defensa que sostiene en todo momento, como es el caso, la libre absolución de su defendido, no puede obligársele a postular una calificación alternativa que, incluyendo la concurrencia de atenuantes, venga a admitir, siquiera sea eventualmente, una hipótesis de culpabilidad, máxime cuando es a partir de la propia declaración de la existencia de reparación, que no se produce hasta el dictado de la Resolución de instancia, cuando se adopta la iniciativa de instar la correspondiente consecuencia atenuatoria”

⁵¹⁴ “Más clara, como precedente en materia de objeción de conciencia, es la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, relativa a la condena penal de unos padres que, a causa de sus creencias religiosas, no autorizaron una transfusión sanguínea para su hijo menor, que luego falleció. Ciertamente, el Tribunal Constitucional consideró que dicha condena penal supuso una violación de la libertad religiosa de los padres; lo que, al menos implícitamente, implica admitir que la libertad religiosa puede tener algún reflejo en el modo de comportarse. Pero tampoco sería fácil extraer de aquí un principio general, por varios motivos: se trata de una sentencia atinente a cuestiones específicamente religiosas, no morales en general; se trata de una sentencia aislada, que no ha tenido hasta ahora continuidad jurisprudencial; y se trata, sobre todo, de una sentencia muy ligada a las innegables exigencias de justicia material del caso concreto”

2.2.- Consideraciones sobre el indulto por utilidad pública

El reconocimiento que el legislador penal realiza sobre la injusticia que puede causar la pena en el art. 4.3 del Código Penal, admite la justicia material como criterio para la inejecución de la sentencia mediante el otorgamiento del indulto. La justicia, como aspiración en el Estado de Derecho, y constitucionalizada en el art. 1.1 CE como valor superior del ordenamiento jurídico, tiene su plasmación efectiva en el indulto, pues así se determina en la ley penal y en la Ley de indulto de 1870, donde el criterio de justicia material ha positivizado su virtualidad y alcance en el *derecho de gracia*.

No obstante, el criterio de justicia (justicia-equidad), no es el único en el cual se hace descansar la decisión sobre la concesión del indulto. El indulto por causa de su utilidad pública, igualmente contemplado en la Ley de indulto de 1870, determina otra óptica de la *gracia*, entendida como un acto de dirección política, a favor de una “utilidad pública” que puede o no, estar en consonancia con las circunstancias del sujeto y el delito cometidos y de la pena impuesta. Un indulto fundado en que, con su concesión se obtiene algo útil para el interés público, presenta unas líneas mucho más difusas que la consecución de la justicia material.

La determinación de lo “útil” implica la obtención de un beneficio, cuya dimensión escapa al terreno de la justicia y se inserta de plano en el de la conveniencia u oportunidad, valorada por el titular de la decisión de conceder del indulto, que sólo se sitúa en la órbita de su libre voluntad. Tal apreciación, en cuanto al criterio de oportunidad política, es ajeno a la consideración del indulto como remedio de la injusticia, para situarse

como un instrumento de poder. “La «utilización política» de la clemencia puede hacer referencia tanto a específicos móviles del poder político que quiere revalorizarse con su concesión, es decir, la clemencia en interés propio (propio del poder político) como la clemencia en interés ajeno o en interés de la comunidad. Para algunos autores la clemencia en interés ajeno o de la comunidad debe admitirse y «sólo en cuanto tal debe entenderse admisible como instrumento óptimo para la adaptación del Ordenamiento a la realidad»⁵¹⁵.

En la medida que el “interés público” no es un criterio objetivable, ni se sitúa en el marco de las competencias de administrar justicia que en la Constitución se establecen a favor del poder Judicial, tal causa escapa del ámbito de los juzgados y tribunales –por más que se intente situar en el terreno de la resocialización y reeducación-. Pero también pone de manifiesto que la justicia como valor superior del ordenamiento, no es la justificación constitucional de la *gracia* otorgada por utilidad pública sino que es el interés político –subjetivo- del titular de la potestad el que con su sola decisión puede vencer el valor de la norma jurídica penal, y el principio de ejecutividad de las resoluciones judiciales.

Tal planteamiento, aleja al poder Judicial de la posibilidad de conocer el otorgamiento de un indulto, pues no le es dable a la jurisdicción llegar a determinar lo que es, o no es, interés público, en una concreta decisión de indulto. Es el poder Ejecutivo, en cuanto órgano de dirección política del Estado, quien ostentaría -natural y constitucionalmente- la potestad de Indultar por el interés público que supone la concesión⁵¹⁶.

⁵¹⁵ Zúñiga Urbina, F., “amnistía ante la jurisprudencia (derechos humanos como límite al ejercicio de la soberanía)”, *ob. cit.*, pág. 279

⁵¹⁶ “El derecho de gracia también puede cumplir una importante función en aquellos otros casos en que, sin que medien serias razones de equidad o de justifica material a favor del reo, otras consideraciones de

Pero ello no significa que, en una propuesta de revisión de la regulación del indulto, el interés público no pudiese positivizarse en determinadas pautas objetivas –como así lo hacen los tribunales sentenciadores en sus informes sobre concesión de indulto⁵¹⁷- convirtiendo la valoración de la utilidad pública en la aplicación de unos criterios establecidos por la norma jurídica, superando los óbices a su consideración por parte de los tribunales.

interés general aconsejan la clemencia. Piénsese, por no poner más que ejemplos obvios, en la necesidad de asegurarse la colaboración de confidentes en organizaciones criminales, o la de suavizar conflictos en las relaciones internacionales. Esto quiere decir, aunque a algunas personas no les guste oírlo, que el derecho de gracia es un instrumento de la política y que, en cuanto tal, su ejercicio responde a valoraciones esencialmente políticas". Voto particular concurrente del Magistrado D. Luis María Díez-Picazo Jiménez, en Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Pleno, de 20 de noviembre de 2013, *ob. cit.*

⁵¹⁷ Se reitera la cita al informe de 14 de junio de 2000, sobre el Indulto total de la pena impuesta en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1999, en la causa especial 2940/97 al Tribunal Supremo, en el cual afirma la existencia de un concepto aceptado de la expresión utilidad pública en el Derecho: *"En el derecho penal la utilidad pública se mide en términos de la prevención del delito: prevención especial o individual y prevención general".* La prevención especial es *"el pronóstico de conducta del condenado en relación con la prevención de futuros delitos"*. La prevención general, por su parte, se refiere al carácter disuasorio y ejemplificador que es inherente a la pena. Sobre la prevención general y especial, la STC 150/1991, de 4 de julio : *"Tampoco la C.E. erige a la prevención especial como única finalidad de la pena; antes al contrario, el art. 25.2 no se opone a que otros objetivos, entre ellos la prevención general, constituye, asimismo, una finalidad legítima de la pena, razón por la cual el mismo planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad (que estiman que la agravante no responde a fines preventivos ni resocializadores), en este concreto aspecto, aparece desprovisto de base. En primer término, el art. 25.2 C.E. no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la C.E. ni, desde luego, de entre los posibles -prevención general; prevención especial; retribución, reinserción, etc.- ha optado por una concreta función de la pena en el Derecho penal. Como este Tribunal ha afirmado en otras ocasiones, el art. 25.2 C.E. contiene un mandato dirigido al legislador penitenciario y a la Administración por él creada para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad (por todas, SSTC 19/1988 y 28/1988), pero no establece que la reeducación y la reinserción social sean las únicas finalidades legítimas de las penas privativas de libertad"* (Fundamento Jurídico 4º)

2.3.- Primeras conclusiones

La justicia material justifica el indulto en contraposición con la norma penal cuando ésta genera situaciones de injusticia material. Además, la aplicación de la justicia material no es un terreno que esté vedado a los órganos jurisdiccionales –como hemos expuesto–, sino que se determina como criterio hermenéutico. Y, siendo así, no existiría problema alguno en que los juzgados y tribunales aplicasen tal criterio para la concesión del indulto.

Y si son los órganos jurisdiccionales los que tienen la misión de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y de administrar justicia, tal misión no parece que sea incompatible con la aplicación de criterios de justicia y equidad para la asunción, por éstos, de la facultad de otorgar el indulto. Puesto que la concreción de la justicia al caso concreto –aun contra el tenor de la norma penal– ya se encuentra en el propio art. 4.3 del Código Penal, y la jurisprudencia considera admisible que los juzgados y tribunales, en su misión jurisdiccional, apliquen la justicia material en la resolución del asunto concreto –desde el valor de la justicia del art. 1.1. CE–, nada obsta a que sea el poder Judicial quien ejerza la potestad material para la concesión del indulto.

O incluso cabría plantear la innecesaridad de la existencia del *derecho de gracia* como indulto particular, en la medida que el tribunal que ha conocido el procedimiento penal y ha determinado la condena, podría tomar en consideración las razones de justicia material que le llevasen a resolver, en la propia sentencia o abiertos los trámites de ejecución, la inexecución de la misma por razones de justicia y equidad que considere

que pudiesen concurrir en el caso concreto, sin necesidad de esperar la tramitación del indulto.

Tal posibilidad supone el riesgo de abrir una vía sin retorno en cuanto al alejamiento del derecho positivo por parte de los órganos judiciales si la justicia material se presenta como una opción ordinaria y recurrente en la función jurisdiccional *versus* la norma jurídica y se enfrentaría, de plano, con la sumisión a la ley y al derecho que constitucionalmente le viene impuesta a los juzgados y tribunales –que es el paradigma de su naturaleza–.

Sin embargo, la excepcionalidad de la prerrogativa implicaría también a la excepcionalidad de su aplicación. Y si bien la institución de la *gracia* es un elemento necesario en el orden constitucional –que advierte de la imposibilidad de supresión por ser voluntad del constituyente–, éste se puede configurar desde unas pautas diferentes a las que actualmente lo concretan; principalmente, a través de su ejercicio por el poder Judicial, por lo que, avanzando unas primeras conclusiones, la nueva regulación del *derecho de gracia* podría pasar por:

1.- Residenciar la potestad material de otorgar o denegar el indulto en el poder Judicial: bien en el mismo tribunal sentenciador o bien en otro órgano judicial especializado.

2.- Objetivizar todos los elementos que deberán determinar la concesión del indulto y positivizarlos en la ley reguladora de su ejercicio: tanto los requisitos que puedan determinar la concurrencia de justicia y equidad como los que configuren la aplicación del criterio de utilidad pública. La

positivización de estos requisitos, determinaría que esa excepción de los principios constitucionales que determina el indulto –y habilitada por el constituyente–, se fundaría en la justicia material que permite el encaje del indulto en el Estado de Derecho, pero normativizada, a fin de evitar disfunciones de los principios de igualdad, seguridad jurídica, legalidad, imperio de la ley e interdicción de la arbitrariedad. Y permitiría también su control jurisdiccional.

3.- Disfunciones constitucionales del indulto

El indulto es una disfunción del sistema constitucional, que afecta a los principios básicos del Estado de Derecho. Incide explícitamente en unos mandatos constitucionales que conforman el esquema fundamental del modelo de Estado y que son elemento nuclear del mismo: el imperio de la ley –insito en el Estado social y democrático de Derecho ex art. 1 CE– principio de legalidad del art. 9.3 –en su específica configuración penal del art. 25.1– y en el principio de seguridad jurídica, del mismo precepto constitucional. Pero también en los derechos fundamentales: el núcleo esencial de la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, y la sustracción al concepto finalista de la pena impuesta en sentencia del art. 25.2 CE.

El indulto es, esencialmente, excepcional, pues en su naturaleza tiene implícita unas disfunciones constitucionales que sólo cabe admitirlas a través de su constitucionalización –art. 62.i) CE–. La *gracia* del indulto es una excepción constitucional. Pero si algunas de tales disfunciones ya se han puesto de manifiesto en el presente trabajo –en concreto las relativas a los derechos fundamentales–, cabe plantear si existen otras afecciones,

en particular, a los principios constitucionales de igualdad, interdicción de la arbitrariedad y seguridad jurídica y si las mismas son parte esencial de la naturaleza del indulto, y por tanto, se configuran como disfunciones constitucionalizadas.

3.1.- Derecho de gracia e igualdad jurídica

La Sentencia del Tribunal Constitucional 34/1981, de 10 de noviembre, establece que *"el principio de igualdad jurídica consagrado en el art. 14 hace referencia inicialmente a la universalidad de la Ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del Ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1), a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (art. 9.3). Lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación, como declara de forma expresa el art. 14 de la Constitución, es decir, la desigualdad en el tratamiento legal injustificada, por no ser razonable"* (Fundamento Jurídico 3°).

La Constitución Española determina la igualdad como un valor superior del ordenamiento en el Estado de Derecho (art. 1.1 CE). Esta exigencia tiene su institucionalización en el art. 14 CE, que establece la igualdad de todos los españoles ante la ley y la prohibición de discriminación. De este modo se consagra como principio general, la igualdad de todos los

españoles ante las normas jurídicas y también en la aplicación del ordenamiento. A tal pronunciamiento se acompaña el del art. 9.2 CE, al determinar el significado material del mandato de la igualdad, que exige a los poderes públicos promover las condiciones necesarias para que la igualdad sea real y efectiva.

No resulta extraño plantear la aparente disfunción que se presenta con el ejercicio indulto respecto al principio de igualdad jurídica. La *gracia* del indulto, como un acto singular e individual de perdón, determina la posible desigualdad en cuanto a la eficacia de la norma penal, tanto en relación con los beneficiados por la *gracia* respecto a las personas a las cuales se les aplica la norma penal y cumplen la pena impuesta, como a los beneficiados por la *gracia* respecto a las personas a las que les fue denegada ésta.

Cuando una persona resulta beneficiaria de un indulto, se excepcionan los efectos previstos por la ley penal. Tal excepción verifica la dispensa sobre la eficacia de la norma que no es aplicada a los condenados por el mismo tipo penal. En abstracto, tal beneficio supone un trato diferente en la aplicación de la Ley pues, obviamente, la excepción individual se enfrenta a la aplicación general creando una distinción beneficiosa para el sujeto indultado, frente a la generalidad de los sometidos a la eficacia del mandato de la ley penal. Igualmente, cuando se concede un indulto, y se deniega otro, se presenta el problema del parámetro de la igualdad jurídica en cuanto a su concesión.

El correcto entendimiento de la cuestión, debe partir de que el indulto, en su otorgamiento, es un acto no positivizado materialmente. Desde el reconocimiento constitucional de la *gracia*, no se advierte la existencia de

unas pautas normativas para la concesión del indulto –en cuanto a la decisión a adoptar-, sino sólo unos requisitos que se hacen pender de la voluntad última del sujeto legitimado para la concesión. La existencia de un procedimiento para la tramitación, así como la exigencia de unos presupuestos básicos para no excluir *ex radice* la *gracia*, no suponen la determinación de unos criterios normativos para vincular la decisión.

Tal configuración –que se haya ínsita en la naturaleza del indulto- lo determina como acto únicamente sometido a la libérrima voluntad del titular de la potestad para concederlo a partir de unos criterios que, por su concepto, no son objetivables (justicia, equidad, utilidad social). Y es precisamente la inexistencia de elemento pautado alguno, el que impide que el indulto se presente como un acto susceptible de fiscalización en cuanto a su contenido material, sino tan solo respecto a sus elementos reglados.

El indulto, no determina un derecho a su obtención, por tratarse de un acto puramente graciable y no discrecional. Y la inexistencia de derecho a su concesión, va a determinar la imposibilidad de su alegación en los parámetros de la igualdad jurídica del art. 14 CE. La igualdad es un concepto indeterminado que sólo adquiere sentido cuando se lo vincula con una relación concreta en que vayan a ser comparados dos o más términos y que complementa el valor de la justicia, pero respetando las diferencias y no incurriendo en discriminaciones.

Sin embargo el indulto no es, *per se*, una excepción al principio de igualdad, en cuanto no puede situarse un término comparativo desde la exclusiva voluntad del concedente, pues, de partirse en el indulto de la aplicación de pautas de igualdad jurídica, éste sería susceptible de ser

invocado como derecho subjetivo en términos de igualdad jurídica y determinaría la obligatoriedad de vinculación del órgano concedente a pautas previas de su otorgamiento o denegación. Y ello anularía el significado graciable del indulto, para someterlo a criterios ajenos al de la voluntad de quien lo concede. En otros términos; la igualdad jurídica determina que exista un derecho a tal igualdad predicable en la actuación del poder, y si éste derecho existiese, el indulto dejaría de ser un acto graciable.

El indulto implica -por su naturaleza- una diferenciación de trato entre personas que se encuentran ante una misma situación fáctica. La única diferencia entre ellas es que la decisión de otorgar el indulto recae en la persona que decide el titular material de la potestad, atendiendo a unos criterios -justicia, equidad, utilidad pública- que sólo él puede ponderar y, por tanto, solo desde la subjetividad de la decisión emerge el efectivo otorgamiento o denegación de la *gracia*.

De esta forma la invocación del principio de igualdad en la aplicación de la ley requiere de la necesaria consideración de existencia de una previa situación jurídica que determine la génesis de un derecho o un interés legítimo jurídicamente protegido susceptible de invocación y que, con él, se pueda establecer un término de comparación en el cual residenciar la infracción del derecho a la igualdad jurídica.

Pero en el indulto, no existe tal presupuesto previo, pues no existe un derecho a obtener el indulto: *“se trata de un beneficio que puede ser concedido de modo discrecional, como también denegado de aquel mismo modo. No existe derecho alguno a la concesión del indulto cuando se den las exigencias que establece la ley reguladora del mismo, puesto que éstas*

*operan únicamente como presupuestos habilitantes para acceder a la concesión de la gracia, pero no para que le sea concedida por tener derecho a ella*⁵¹⁸.

Igualmente, su concesión o denegación no es susceptible de un control material ni en vía jurisdiccional ni en sede constitucional *“determinadas circunstancias fácticas pueden dar lugar a que, en ocasiones, las penas impuestas como consecuencia de un ilícito pierdan total o parcialmente su significado legal y constitucional. Precisamente para ello existe la figura del indulto que permite compatibilizar las exigencias de la justicia formal con las de la justicia material del caso. Ahora bien, como ya se ha indicado, el indulto, en cuanto figura del derecho de gracia, corresponde decidirlo al Poder Ejecutivo concediéndolo el Rey, sin que esas decisiones sean fiscalizables sustancialmente por los órganos jurisdiccionales, incluyendo este Tribunal Constitucional”*⁵¹⁹ por lo que su otorgamiento o denegación no es susceptible de corrección desde los parámetros de legalidad material ni constitucional, abundando en la inexistencia de un derecho a su obtención que pudiese situarlo en plano de desigualdad en relación con otro supuesto de confrontación⁵²⁰.

Además en la invocación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, se exige, en criterio del Tribunal Constitucional, la aportación de un elemento de contraste adecuado que determine la posibilidad de valorar la diferencia en la aplicación de la ley en el supuesto concreto, respecto

⁵¹⁸ Informe Ministerio Fiscal de 7 de febrero de 2014, en el expediente de Indulto de la causa especial 3/20716/2009, Sala Penal Tribunal Supremo

⁵¹⁹ Auto TC 360/1990, de 5 de octubre

⁵²⁰ Auto Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 18 de enero de 2001, y Sentencias Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 23 de febrero de 2013 y de 20 de noviembre de 2013, recurso 13/2013

a casos idénticos⁵²¹. Y en materia de indulto no pueden existir dos casos iguales⁵²², pues, para ello, sería necesario que concurriesen las mismas exigencias de justicia, equidad y utilidad pública en los dos supuestos, que permitiesen el juicio de contraste.

Y no pueden existir dos situaciones idénticas atendidos los criterios de justicia, equidad y utilidad pública. Ello porque la justicia, considerada desde la determinación de las circunstancias del delito, las personales, la pena impuesta y el daño causado, se valora respecto a la aplicación de la norma penal, para establecer lo que es materialmente justo. Y, en tal misión, resultará virtualmente imposible advertir que puedan existir dos supuestos idénticos, a la luz de la justicia aplicada al caso concreto, con identidad absoluta en tales elementos objetivos.

⁵²¹ STC 020/2006, de 30 de enero: “En relación con la última de las quejas, atinente al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, debemos recordar, con la STC 152/2002, de 15 de julio, que “es jurisprudencia constitucional constantemente reiterada la exigencia de que se aporte por el demandante un elemento de contraste adecuado que permita a este Tribunal entrar a valorar la efectiva aplicación discriminatoria de la ley al supuesto debatido respecto de otros casos idénticos anteriormente resueltos por el mismo órgano judicial (SSTC 181/1987, de 13 de noviembre, y las allí citadas; 159/1989, de 6 de octubre, FJ 2; 160/1993, de 17 de mayo, FJ 3; 119/1994, de 25 de abril, FJ 2; 285/1994, de 27 de octubre, FJ 2; entre otras muchas). El que se trate de casos iguales o idénticos es condición necesaria para que pueda formularse el juicio de desigualdad; pero, además, el reproche de desigualdad en la aplicación de la Ley exige en uno y otro término del objeto de comparación la identidad del órgano judicial que resuelve (SSTC 119/1994, de 25 de abril, FJ2; 46/1996, de 25 de marzo, FJ 5), puesto que lo que ha de valorarse, en definitiva, es si la divergencia de criterio expresada por el juzgador es fruto de la libertad de apreciación del órgano jurisdiccional en el ejercicio de su función juzgadora (art. 117.3 CE) y consecuencia de una diferente ponderación jurídica de los supuestos sometidos a su decisión, o un cambio de valoración del caso puramente arbitrario, carente de fundamentación suficiente y razonable (SSTC 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 181/1987, de 13 de noviembre; 285/1994, de 27 de octubre, FJ 2; 46/1996, de 25 de marzo, FJ 5)” (FJ 2)” (Fundamento Jurídico 4º)

⁵²² “Es unánime la jurisprudencia comparada al afirmar que la esencia del poder de perdonar consiste en tratar cada caso en forma singular e individualizada. No es aplicable el canon de la igualdad a los casos de indulto porque no hay, en materia de gracia, dos casos que sean iguales (Por todas, sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Schick v. Reed* de 23 de diciembre de 1974 [419 U.S. 256 (1974)]”. Voto particular del Magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, en Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Pleno, de 20 de noviembre de 2013

Pero, además, siendo la apreciación del criterio de justicia material una valoración exclusivamente subjetiva del titular de la potestad ésta no se somete a unas pautas de identidad fáctica previa⁵²³. Determinar que en la situación concreta, es justo o injusto otorgar el indulto implica alejar al criterio de justicia de toda referencia objetivable en la decisión, con una obvia exclusión para una admisión teórica de situaciones idénticas. El argumento se reproduce con más intensidad, cuando la justificación del indulto es la utilidad pública, pues al alejamiento de la justicia para resolver por un interés público, se le suma el criterio de oportunidad, el cual es, necesariamente, cambiante y mutable⁵²⁴.

⁵²³ *"El indulto, como tal medida de gracia, sólo puede concebirse como una medida excepcional, y destinada a proveer situaciones igualmente excepcionales, pues, la emanación repetida de actos individuales puede resultar equivalente a la concesión de un perdón general. La delimitación, en consecuencia, del ámbito del indulto particular no puede basarse en criterios meramente cuantitativos, sino que ha de fundarse en la particularización de la concesión de la "prerrogativa de gracia" (87.3 CE), que ha de ser estrictamente individual, esto es, que ha de responder a las circunstancias concurrentes en un condenado en particular, como pone de manifiesto el artículo 25 de la LI al configurar el ámbito del informe del Tribunal sentenciador, que termina diciendo: "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" Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Pleno, de 20 de noviembre de 2013*

⁵²⁴ *"La propia Constitución [artículo 62 i)], al prohibir la concesión de indultos generales, hace difícil la existencia de un canon de igualdad, en los términos exigibles para entender vulnerado el principio constitucional de igualdad. La esencia del poder de perdonar consiste en tratar cada caso en forma singular lo que, por principio, hace inviable el contraste entre casos o juicio de comparación que es necesario efectuar en toda pretensión de vulneración del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la Ley del artículo 14 de la CE (por todas STC 188/1988, de 28 de septiembre, FJ 8). Debe tenerse presente que la Ley del indulto de 1870 exige, como se reconoce en el propio escrito de demanda, que toda medida de gracia se conceda en forma individualizada, con pleno conocimiento de los hechos acaecidos y de todas sus circunstancias, después de un detenido estudio de las consecuencias que el mismo debe producir bajo el aspecto de la justicia, la equidad o la conveniencia social. De estas circunstancias se sigue que, por regla general, no resulta posible establecer un juicio de igualdad basado en un término de comparación en materia de gracia, porque, a esos efectos, no hay dos casos que sean iguales. En consecuencia, no es aplicable el canon de la igualdad que propugna la recurrente a los casos de indulto. Cualesquiera que sean las características de los casos que se contraponen, resulta, como bien precisa el Tribunal Constitucional que « una cosa es la distinta valoración de las circunstancias de un caso que puedan hacer el Gobierno y el afectado, y otra que se estén vulnerando derechos fundamentales de quien fue condenado por la realización de un ilícito legalmente tipificado» (ATC 360/1990, de 5 de octubre FJ 5) (...)Procede recordar, y confirmar, a este respecto lo que ha declarado esta Sala y Sección en la reciente sentencia de 30 de enero de 2014 (Recurso ordinario 407/2012; FD 5º): «la naturaleza del indulto como acto graciable y, en consecuencia, revestido de una total libertad en la decisión, impide establecer ese*

La consecuencia de lo expuesto es que si bien el indulto aparece en una primera valoración, como aparente trasgresión del derecho a la igualdad del art. 14 CE, el análisis del *derecho de gracia* va a determinar que no se sitúa en tal afección, pues su carácter graciable excluye todo derecho a obtener su concesión -por tanto, no es invocable la igualdad desde tal acto graciable- y, además, no pueden producirse situaciones idénticas que permitan determinar el contraste de la desigualdad.

3.2.- Derecho de gracia e interdicción de la arbitrariedad

El art. 9.3 CE establece que: *“La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”*.

La garantía de interdicción de la arbitrariedad es un mandato expreso a los poderes públicos, respecto a la materialización de su actuación en el ejercicio de sus respectivas potestades. La arbitrariedad se sitúa como el límite de la discrecionalidad de los poderes, por cuanto no todas las actuaciones de los poderes públicos se determinan en términos reglados

juicio de ponderación que es propio del examen de la vulneración de este derecho fundamental” - el derecho a la igualdad - “porque, aun cuando se tratase de supuestos idénticos, la concesión o denegación del indulto en uno y otro supuesto quedaría sometida a la propia discrecionalidad del Gobierno, cuya decisión de fondo, en principio, no es susceptible de revisión, ni en la vía jurisdiccional ni tampoco en el trámite del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (SSTs de 28 de abril y de 5 de mayo de 2009, Recursos núms. 487/2008 y 570/2008 y ATC 360/1990)»” Sentencia Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo contencioso-administrativo, de 6 de junio 2014

–esto es, donde el resultado del ejercicio del poder público está previsto en la norma habilitante- sino que existen manifestaciones del poder en las que no se producen imposiciones normativas en cuanto a la decisión a adoptar. La discrecionalidad faculta al poder público elegir la solución más acorde con los intereses públicos, siempre que la solución no haya sido prefijada por la norma que le habilita en su actuación.

La actuación arbitraria se determina como la que transgrede el límite de la discrecionalidad, convirtiéndola en irracional y desprovista de toda justificación⁵²⁵. La arbitrariedad califica a la actuación del poder público que carece de razón o de motivo suficiente, contradiciendo la justicia, la razón o las leyes por el simple capricho de la voluntad del poder público del que emana la actuación. Tal arbitrariedad determina un actuar en el que, objetivamente, se hayan infringido los principios esenciales de un Estado de Derecho, en el ejercicio del poder público.

Para García de Enterría *“La primera reducción de este dogma de la discrecionalidad se opera observando que en todo acto discrecional hay elementos reglados suficientes como para no justificarse de ninguna manera la abdicación total del control sobre los mismos. Estos elementos reglados son, por de pronto, la misma existencia de la potestad, de cuyo ejercicio dimana el acto, la extensión concreta de esta potestad, que es imposible que sea totalmente indeterminada, y la propia competencia para ejercitarla. Estos son siempre elementos necesariamente reglados. Luego lo son normalmente, aunque pueden no darse o darse en distinta medida, las formas determinantes para el ejercicio de la potestad y, en fin, el fondo*

⁵²⁵ La interdicción de la arbitrariedad significa *“evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en causa de decisiones desprovistas de justificación fáctica alguna”* Sentencia Tribunal Supremo, de 27 de abril de 1983

parcialmente reglado; puede haber en efecto, una regulación, y, además ordinariamente, la hay, parcialmente discrecional en cuanto al fondo, que obliga, pues, a considerar o a partir de ciertos elementos reglados previos (...) El segundo gran proceso de reducción ... consiste en constatar que el fin de las potestades discrecionales es también un elemento reglado de la misma. Las autoridades administrativas pueden contar y cuentan, con toda normalidad, con poderes discrecionales, pero no para el cumplimiento de cualquier finalidad, sino precisamente de la finalidad considerada por la Ley, y en todo caso de la finalidad pública, de la utilidad o interés general”⁵²⁶.

Los actos discrecionales contienen elementos reglados, de tal forma que no existe una ausencia de control absoluto sobre los mismos, y deben estar ordenados al cumplimiento de una finalidad pública. Sin entrar en este momento en la cuestión sobre los actos discrecionales, políticos y graciables, y cuál es la naturaleza –de entre éstas- predicable del acto de otorgamiento de indulto, sí que se puede advertir que, en el ejercicio del *derecho de gracia*, la Constitución tácitamente asume la finalidad de la institución en cuanto a la justicia, equidad y utilidad pública que con tal medida de *gracia* se debe alcanzar, y la existencia de elementos reglados –en cuanto a la adecuación formal del acto- que son susceptibles de ser fiscalizados –y, por tanto, sometidos a heterotutela jurisdiccional-.

El ejercicio del indulto, por tanto, es un acto de un poder público, cuyo contenido material no está reglado ni se encuentra sometido en cuanto a la decisión a adoptar a previas imposiciones normativas. No obstante, de la existencia de elementos reglados en cuanto a la forma y génesis del

⁵²⁶ García de Enterría, E., “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo”, Ed. Civitas, Madrid, 1979, págs. 167 y ss.

acto, e, igualmente, en cuanto a las finalidades que debe alcanzar, el indulto debe cumplir con unas premisas que –sin afectar a su contenido decisorio–, se articulan para la afirmar la admisibilidad constitucional de su otorgamiento o denegación, so pena de incurrir en la interdicción de la arbitrariedad que preceptúa el art. 9.3. CE.

A este respecto, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Pleno, de 20 de noviembre de 2013, dedica parte de su fundamentación a la determinación de los ámbitos reglados del indulto, y, en particular, a los ordenados para que la decisión –bien sea graciable, discrecional, política– tenga su fundamento en elementos objetivos, en los cuales se pueda justificar que la determinación final del poder público no es, ni irracional, ni carente de toda coherencia lógica. Especialmente, toma en consideración en dicha Sentencia la finalidad del *derecho de gracia*, a efecto de considerar que la justicia, equidad y utilidad pública, sean criterios fundados en unos elementos en los que se pueda advertir la realidad de los hechos que soportan la decisión.

Así, siguiendo la mencionada Sentencia, las razones que determinan la decisión sobre el indulto *“han de ser explicadas y han de ser deducidas de lo actuado en el expediente (informes preceptivos, estos sí, motivados, alegaciones, certificaciones, aportaciones sobre la vida y conducta del indultado, etc.), pero, una vez verificada la realidad de tales hechos -que habremos de aceptar y que no podemos revisar- la revisión jurisdiccional, en ese espacio asequible al que tenemos acceso, debe valorar si la decisión adoptada guarda "coherencia lógica" con aquellos, de suerte que cuando sea clara la incongruencia o discordancia de la decisión elegida (basada en las expresadas razones legales de "justicia, equidad o utilidad pública"), con la realidad plasmada en el expediente y que constituye su presupuesto*

inexorable, "tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico y más concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos -art. 9º.3 de la Constitución-".

El control del indulto por el principio de interdicción de la arbitrariedad, fue tratado por el Magistrado Sr. Bandrés en el voto particular⁵²⁷ a dicha

⁵²⁷ *"Al respecto, debe señalarse que, en el voto particular que formulé a la sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2005 (RCA 161/2004), ya expresé mi criterio sobre el carácter de acto político de los Acuerdos del Consejo de Ministros adoptados en el ejercicio de la prerrogativa de gracia, que son revisables por esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que declarará su nulidad radical en aquellos supuestos en que aprecie que incurren en vicios sustanciales de procedimiento o cuando resulten contrarios al principio de interdicción de la arbitrariedad: «[...] En efecto, debe subrayarse el significado esencialmente político y el carácter excepcional del acto de ejercicio del derecho de gracia conforme a nuestra tradición jurídico-constitucional, objeto de regulación en la Ley provisional de 18 de junio de 1870, aprobada al amparo del artículo 73 de la Constitución, y en cuya Exposición de Motivos, se pronuncia contra el uso generalizado de esta prerrogativa que produciría «efectos de una derogación transitoria de la ley penal» y contra el uso irreflexivo o abusivo en la concesión de indultos particulares, de modo que la regulación responde, para respetar el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, a una «necesidad fuertemente sentida por todos los hombres honrados, que exigen con perfecto derecho que la garantía judicial de su honra, de su vida y de su fortuna, no pierda su eficacia por una compasión indiscreta y ya intolerable.». La Constitución española de 1978, si bien no se ha adherido a la tesis abolicionista plenaria de esta manifestación del derecho de gracia, que, por contradecir el principio democrático de separación de poderes, se acoge en el Código Penal, aprobado por la Asamblea Constituyente francesa de 25 de septiembre/6 de octubre de 1791, o a la corriente abolicionista parcial, que informa la Ley de las Cortes Constituyentes españolas de 9 de agosto de 1873, mantiene su carácter excepcional y limitado, al prohibirse la autorización de indultos generales, y su condición de acto eminentemente político, en cuanto que el ejercicio de esta prerrogativa regia supone la derogación con efectos retroactivos de la aplicación de la norma penal por los tribunales de justicia, que se justifica como un remedio en algunos casos extraordinario para procurar la convivencia social y tratar de responder a las necesidades de corrección de la Administración de Justicia. La relevante extensión de la competencia jurisdiccional de los tribunales penales españoles para conocer de la persecución y sanción de los delitos relevantes para la comunidad internacional como los delitos de genocidio o terrorismo, que propugna la sentencia del Tribunal Constitucional 237/2005, de 27 de septiembre, en una interpretación del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial conciliable con el principio de jurisdicción universal y conforme al derecho a la tutela judicial efectiva, es exponente paradigmático de la esencialidad y trascendencia política que informa el ejercicio del derecho de gracia, que no puede integrarse en la noción de «despacho ordinario», o en el concepto de «affaire courante» que constituye un principio jurídico que delimita las competencias del Gobierno en funciones, en el Derecho público francés. Y debe, asimismo, enfatizarse la naturaleza política trascendente de entre las decisiones que corresponde al Gobierno adoptar ex artículo 97 de la Constitución, porque afecta al principio de división de poderes, que constituye la base axial del Estado democrático de Derecho, que se configura en el artículo 1 de la Constitución, y porque el ejercicio de esta prerrogativa de gracia, aún aplicado con carácter singular, al no deber obedecer a meras consideraciones subjetivas del órgano decisor, supone un desarrollo de las políticas de seguridad pública y una concreción*

Sentencia, diferenciándolo, por su naturaleza como acto político, de las potestades administrativas discrecionales.

De esta forma, para el Tribunal Supremo, la decisión sobre el indulto se debe evidenciar que se adoptó desde las razones de justicia, equidad y de utilidad pública que determina la Ley de indulto de 1870, aportando un “*apoyo real reconocible*” en la tramitación del procedimiento, para el cumplimiento del principio de interdicción de la arbitrariedad, y ello sin que sea dable al órgano judicial un control sobre la decisión finalmente adoptada, ni sobre el valor que el órgano concedente otorga al soporte probatorio incorporado, para apoyar dichos criterios. Precisamente, de la naturaleza del indulto se advierte la intangibilidad de la certeza en la conclusión a alcanzarse sobre los elementos de justicia y equidad pues éstos necesariamente se encuentran en el ámbito graciable del indulto, al igual que la “utilidad pública” como concepto jurídico indeterminado, no susceptible de su predeterminación, sino –como en el ámbito penal y contencioso-administrativo⁵²⁸ efectúan- de una aproximación conceptual –que el Derecho Penal concreta en la “prevención general y especial”-.

de la política criminal, que puede condicionar y comprometer decisivamente la acción del futuro Gobierno, y por ello debe, necesariamente, someterse sin restricciones al control parlamentario, al tener limitada su fiscalización plenaria en sede jurisdiccional.» .La noción del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución, debe utilizarse por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el enjuiciamiento de los Reales Decretos de concesión de indultos con las modulaciones y correcciones requeridas con el fin de cohonestar el núcleo decisorio que corresponde al Gobierno con la función jurisdiccional de anular los actos que contravengan la Constitución o las leyes, sin incurrir en el ejercicio de esta potestad en una inadecuada equiparación con el control de los actos discrecionales de la Administración pública”. Voto particular concurrente del magistrado D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat en Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Pleno, de 20 noviembre de 2013

⁵²⁸ *“La utilidad pública es un concepto jurídico indeterminado, que se presenta en distintos sectores de la regulación administrativa, conectado directamente con el principio de función social de los derechos (la utilidad pública). El concepto de utilidad pública es analizado reiteradamente por la jurisprudencia contencioso-administrativa, dada con su previsión en distintos sectores del ordenamiento. La función social de los derechos incide a través del concepto de utilidad pública, en derechos de distinta naturaleza (derecho de asociación, derecho de fundación, derecho de propiedad y demás derechos reales, deporte...) y de modo muy diverso (en ocasiones, como elemento de expansión de concretas situaciones jurídicas y*

Continúa la Sentencia citada, indicando que el proceso lógico no puede quedar huérfano de unos datos objetivos, pues la concesión del indulto incurrirá en arbitrariedad cuando carezca de sustento o de fundamento jurídico objetivo⁵²⁹. Pero, igualmente, la decisión final debe ser razonable a partir de los datos objetivos aportados, y ésta solo es posible si no se funda únicamente en la sola voluntad de quien adopta el acto, y sigue un proceso lógico, no arbitrario. Según Urkuola, *“el Tribunal se limita, en realidad, a aplicar, como manifestación del principio de arbitrariedad, la técnica del test de racionalidad”*⁵³⁰.

en otras, para justificar su limitación)” Urkuola Iriarte, M.J., “¿Gracia vs. Justicia? El control contencioso-administrativo del indulto a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013”, R.V.A.P., núm. especial 99-100, mayo-diciembre, 2014, pág. 2928

⁵²⁹ *“Recordando estos clásicos conceptos hemos de reiterar que para no incurrir en arbitrariedad la decisión discrecional “debe venir respaldada y justificada por los datos objetivos sobre los cuales opera” (STS de 29 de noviembre de 1985), ya que en los actos discrecionales “al existir en mayor o menor medida una libertad estimativa, resulta de gran trascendencia el proceso lógico que conduce a la decisión” (STS de 7 de febrero de 1987). Ello obliga a la Administración a “aportar al expediente todo el material probatorio necesario para acreditar que su decisión viene apoyada en una realidad fáctica que garantice la legalidad y oportunidad de la misma, así como la congruencia con los motivos y fines que la justifican” (SSTS de 22 de junio de 1982 y 15 de octubre de 1985); motivos y fines que, en el ejercicio del derecho de gracia, son las conocidas “razones de justicia, equidad o utilidad pública” Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Pleno, de 20 noviembre de 2013*

⁵³⁰ *“Una técnica aplicada en el control de las decisiones administrativas, por lo que no es extrapolable literalmente al ámbito de los actos de gobierno, dado el tenor del art. 2(a) LJ. Conviene, sin embargo, tener en cuenta las posiciones doctrinales al respecto. Para FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ este test constituye una vía «más aséptica y objetiva que la desviación de poder» (De la arbitrariedad de la Administración, 4.ª edic., edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 208-209). Los requisitos que, según el citado autor, debe cumplir una decisión para superar el test de racionalidad son los siguientes: respetar los hechos debidamente probados; considerar todos los factores jurídicamente relevantes; abstenerse de introducir en la elaboración de la propia decisión de ningún otro factor; atribuir a cada factor el peso o valor que el ordenamiento jurídico le otorga; y, en caso de igualdad en el valor, expresar las razones de la opción, sin incurrir en errores lógicos. Además de los citados requisitos, según el autor, el test de razonabilidad exige coherencia, adecuación al fin de la norma y aptitud objetiva en orden a su satisfacción y proporcionalidad, a juicio de «cualquier persona sensata» (vid. Del arbitrio y la arbitrariedad judicial, edit. Iustel, Madrid, 2005, p. 126-127). PAREJO ALFONSO precisa que esta regla ha de dirigirse, no a determinar la única solución justa, sino a precisar los límites externos («marco») del espacio de libre decisión sometido a control judicial, y que justifica, como máximo, la anulación de la misma, no su sustitución (vid. Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias, edit. Tecnos, 1993, p. 104). También SÁNCHEZ MORÓN insiste en que la aseveración de que la sustituibilidad judicial no se sostiene requiere un fundamento preciso (Discrecionalidad administrativa y control judicial, edit. Tecnos, Madrid, 1994, p. 33”* Urkuola Iriarte, M.J., “¿Gracia vs. Justicia? El control contencioso-administrativo del indulto a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013”, *ob. cit.*, pág. 2928

La arbitrariedad del acto de concesión del indulto no es, pues, parte de la naturaleza esencial del *derecho de gracia*. Ésta se plantea cuando la decisión del titular de la potestad de otorgarlo no tiene una justificación razonable. La decisión adoptada no tiene que ser la única posible, y ni tampoco la preferible en cuanto a su racionalidad, ni la más acertada ni necesariamente la más justa⁵³¹, sino tan sólo que responda a cánones de la lógica jurídica⁵³². El indulto será arbitrario cuando, como un acto de poder, *“obre sin arreglo a ninguna norma ni criterio objetivo y estable, el obrar sin apoyo en un fundamento dado, sólo porque sí, sólo en virtud del capricho o antojo subjetivo del momento”*⁵³³.

⁵³¹ “La arbitrariedad, como conducta contraria a la certeza y a la seguridad, debe ser perseguida con independencia del posible grado de justicia que pueda alcanzar en contenido. Injusticia y arbitrariedad no son situaciones equivalentes. Puesto que, como regla general, el derecho persigue la justicia, mientras que la arbitrariedad supone la imposición por la fuerza, del capricho de un órgano de poder público. Y de forma excepcional, en aquellos casos en los que la arbitrariedad persiguiera la realización de la justicia, tampoco sería admisible, desde el punto de vista del derecho, porque supondría la negación del orden y la seguridad” Otero Parga, M., “La arbitrariedad”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XII, 1995, pág. 394

⁵³² “En el supuesto concreto del indulto (STS 20 febrero de 2013) nos acercamos a dichas consideraciones al señalar que “El indulto no es indiferente a la Ley, muy al contrario es un *quid aliud* respecto de la Ley, y, por tanto, no puede ser ajeno a la fiscalización de los Tribunales, pues en un Estado constitucional como el nuestro, que se proclama de Derecho, no se puede admitir un poder público que en el ejercicio de sus potestades esté dispensado y sustraído a cualesquiera restricciones que pudieran derivar de la interpretación de la Ley por los Tribunales”. En fin, que la lógica jurídica en dicho proceso de decisión administrativa se nos presenta como el parámetro exterior de contención de la arbitrariedad, proscrita para todos los Poderes Públicos en el artículo 9.3 de la CE, ya que, al fin y al cabo, la actuación arbitraria es la contraria a la justicia, a la razón o a las leyes, y que obedece a la exclusiva voluntad del agente público. Lo que en dicho precepto constitucional se prohíbe es la falta de sustento o fundamento jurídico objetivo de una conducta administrativa, y, por consiguiente, la infracción del orden material de los principios y valores propios del Estado de Derecho” Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Pleno, de 20 noviembre de 2013

⁵³³ Recasens Siches, L., “Adiciones a la Filosofía del Derecho de Del Vecchio”, Ed. Bosch, Barcelona, 1935, pág. 524

3.3.- Derecho de gracia y principio de seguridad jurídica

El principio de seguridad jurídica se encuentra reconocido en el art. 9.3 de la Constitución Española, pero también el texto constitucional hace una referencia expresa en su Preámbulo al calificarlo como *“principio inspirador de todo el ordenamiento jurídico”*. El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 27/1981, de 20 de julio, dice: *“la seguridad jurídica, es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad”*⁵³⁴.

La seguridad jurídica, *“concebida como principio constitucional, puede considerarse un instrumento normativo fundamental para la realización de los valores superiores del ordenamiento jurídico, o incluso como un valor intermedio según el cual el ordenamiento jurídico ha de garantizar su propia consistencia como sistema normativo para sus destinatarios y operadores”*⁵³⁵.

⁵³⁴ *“Los principios constitucionales invocados por los recurrentes: irretroactividad, seguridad, interdicción de la arbitrariedad, como los otros que integran el art. 9.3 de la Constitución -legalidad, jerarquía normativa, responsabilidad- no son compartimentos estancos, sino que, al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirva a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de Derecho. En especial, lo que acabamos de afirmar puede predicarse de la seguridad jurídica, que es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad”* (Fundamento Jurídico 10º)

⁵³⁵ Peces Barba propuso como redacción del art. 1.1, CE la siguiente: *“España se constituye en un Estado social y democrático de derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico a la*

La Sentencia del Tribunal Constitucional 173/1996, de 31 de octubre, adiciona a la ya citada 27/1981: "*La seguridad jurídica, según constante doctrina de este Tribunal, es "suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, sin perjuicio del valor que por sí mismo tenga este principio (STC 27/1981, 99/1987, 227/1988 y 150/1990)", igual que la Sentencia 104/2000, de 13 de abril, que también se remite a la anterior 27/1981, recuerda, respecto a tales principios constitucionales, que "no son compartimentos estancos sino que, al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás en tanto sirva a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y Democrático de Derecho".*

Por otro lado, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 71/1982, de 30 de noviembre se indica: "*La seguridad jurídica enlaza con el principio de reserva de ley y en sentido más general con el de legalidad, y también la seguridad jurídica requiere certeza en la regla de derecho y proscrib[e] fórmulas proclives a la arbitrariedad".*

La seguridad jurídica es tanto una suma de todos los principios básicos del art. 9.3 CE – certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, de interdicción de la arbitrariedad y reserva de ley-, como un principio con valor autónomo, en tanto éste se determina como la certeza sobre el contenido de la norma y el modo de aplicación del ordenamiento jurídico. La seguridad jurídica parte de así

seguridad jurídica la libertad, la igualdad y la solidaridad" Peces-Barba, G., "Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española Funciones y fines del derecho", *Estudios en Honor del profesor Mariano Hurtado Bautista*, Universidad de Murcia, Murcia, 1992, pág. 272. Cit. en Lauroba Lacasa, M. A., "El principio de seguridad jurídica y la discontinuidad del Derecho", *Louisiana Law Review*, vol. 63, núm. 4, 2003, pág. 1243

de la norma jurídica para afirmar desde ella la necesidad de conocer las consecuencias jurídicas que ésta determina: lo permitido, lo prohibido, lo ordenado, la finalidad de lo normado. Y anudado a tal sentido, que lo establecido en la norma no sea alterado sino por los cauces establecidos por el propio ordenamiento jurídico; es la certeza que tiene el individuo de la permanencia de una situación jurídica.

La seguridad jurídica y justicia formal están así conectadas, puesto que la justicia formal es el presupuesto necesario para alcanzar la seguridad jurídica. El ámbito de la seguridad jurídica no se limita a la certeza de lo establecido en la norma, sino también a la aplicación de la norma, en tanto el modo en el que se interpreta el ordenamiento jurídico resulta la determinación del significado de la norma⁵³⁶.

Los principios del art. 9.3 CE determinan en su correcta aplicación, la consecución de la seguridad jurídica, pues ésta es el resultante de todos ellos. Siguiendo a Lauroba Lacasa *“En este ámbito, la seguridad jurídica significa fundamentalmente dos cosas: a) cognoscibilidad de las normas jurídicas y b) previsibilidad de las consecuencias de cada conducta y, en*

⁵³⁶ *“La conexión entre la justicia formal y la seguridad jurídica no es difícil de establecer, tal como se han definido una y otra: la justicia formal (o aplicación consistente y regular de las normas jurídicas vigentes) es un elemento necesario de la generación de seguridad jurídica (o certeza respecto del contenido y del modo de aplicación de las normas jurídicas vigentes); en particular, el hecho de que los jueces u otros aplicadores del derecho conformen su acción a la justicia formal es una de las bases de la certeza respecto del modo de aplicación de las normas jurídicas, segundo y decisivo elemento de la seguridad jurídica. Por lo tanto, podemos decir que la acción formalmente justa de los aplicadores del derecho es condición necesaria de la generación de seguridad jurídica o, simplemente, que la justicia formal es condición necesaria de la seguridad jurídica. Lo mismo puede observarse también a través de la idea de la moral interna del derecho, cuyo octavo elemento, la congruencia entre la acción oficial de aplicación de las normas y lo exigido por éstas, puede considerarse sin más como equivalente a la justicia formal. Puede afirmarse, pues, que esta premisa del argumento es verdadera: la generación de seguridad jurídica exige el respeto de la justicia formal”* García Manrique, R., *“Acerca del valor moral de la seguridad jurídica”, Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 26, Departamento Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, 1989, pág. 45

concreto, de la actuación de los poderes públicos que han de aplicar esas normas. En otras palabras, la seguridad jurídica, entendida como principio que asegura al ciudadano la certeza de su situación jurídica, se divide en dos grandes manifestaciones: a) seguridad jurídica *ex ante*, esto es, como una garantía tendente a asegurar el proceso técnico de búsqueda y hallazgo del derecho (su interpretación y el conocimiento del derecho) y b) seguridad jurídica *ex post*, como la garantía de estabilidad del resultado de dicho proceso, de forma que se da una pauta para el ciudadano en cada caso concreto”⁵³⁷.

El significado del principio de seguridad jurídica, y su importancia en el sistema constitucional, necesariamente hacen plantear la incidencia del *derecho de gracia* en la virtualidad de tal principio. Una incidencia que, desde el contenido de la seguridad jurídica se advierte efectiva, atendida la naturaleza del indulto y sus efectos sobre el ordenamiento jurídico. A tal efecto, se traen los argumentos que se expusieron a lo largo de este trabajo, para determinar de ellos los corolarios de la incidencia que el indulto causa en el principio de seguridad jurídica:

1.- Disfunción del principio de seguridad jurídica por la afección del indulto a la norma penal:

El *derecho de gracia* incide en el ámbito de exigencia de *lex certa* –que es una manifestación del principio de seguridad jurídica y de certeza del ordenamiento del art. 9.3 CE, en el ámbito penal-. Afecta a la penalidad

⁵³⁷ Lauroba Lacasa, M^a A., “El principio de seguridad jurídica y la discontinuidad del Derecho”, *ob. cit.*, pág. 1244

y, particularmente, a los efectos pretendidos por la norma que atribuye una pena concreta a un hecho típico. El principio de tipicidad penal, de los arts. 1.1 y 10 del Código Penal, se ve afectado por el ejercicio de la *gracia* del indulto, en cuanto a la pena aplicable, en la medida que la taxatividad⁵³⁸ de la norma penal pierde toda su virtualidad respecto a la sanción prevista. La modificación de la previsión punible de la ley penal supone que, con su inaplicación, la norma pierde su eficacia.

El efecto del indulto es la inaplicación de la norma penal. Excepciona el efecto de la norma penal. Y la garantía material de la norma penal está insita en los principios de legalidad, tipicidad y seguridad jurídica, de tal forma que debe responder a las exigencias de *lex scripta*, *lex praevia*, *lex stricta* y *lex certa*. Esta última exigencia se manifiesta especialmente en relación con los elementos esenciales del tipo penal –la conducta que conforma el tipo y la sanción que corresponde por su comisión–, que se deben presentar como taxativos en su descripción para garantizar con ello el principio de seguridad jurídica.

La necesaria certeza en cuanto a la definición de las conductas punibles y la pena aplicable resulta ser condición indispensable para la finalidad de la norma penal en el Estado de Derecho⁵³⁹. El ejercicio del *derecho de*

⁵³⁸ STC 145/2013, de 11 de julio, *ob. cit.*

⁵³⁹ STC 53/1994, de 24 de febrero: "En la garantía material de la Ley penal, en efecto, existe una estrecha asociación entre los principios de legalidad y tipicidad de la Ley penal y los de libertad y seguridad jurídica (arts. 17.1 y 9.3 C.E.), principios estos que son esenciales al Estado de Derecho (STC 219/1989), pues si las normas sancionadoras han de ser no sólo *lex scripta* y *lex praevia* sino también *lex stricta* y *lex certa*, según ha establecido una reiterada doctrina de este Tribunal (SSTC 133/1987, 127/1990, 89/1993 y 111/1993, entre otras), esta última exigencia, que deriva del art. 25.1 C.E., impone al legislador "el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos" (STC 62/1982, fundamento jurídico 7º). Mandato de taxatividad en la descripción de los tipos penales que obliga al legislador a llevar a cabo "una descripción de las conductas, acciones u omisiones constitutiva de delito, que cumpla las exigencias del principio de seguridad jurídica" (STC 133/1987, fundamento jurídico 4º), y, de este modo, permita predecir, con un grado suficiente de certeza, "las conductas que constituyen

gracia, en cuanto impide el cumplimiento de la previsión punible de la norma penal –y siendo tal previsión elemento esencial de ésta-, tiene como efecto jurídico la alteración del tipo penal, en cuanto a la sanción aplicable.

El *derecho de gracia* despliega efectos excluyentes del cumplimiento de las penas excepcionando a la norma penal, al impedir la eficacia de las penas previstas en ésta. De la reserva de ley que determina el art. 25 respecto a la norma penal, cabe extraer que el *derecho de gracia* tiene incidencia efectiva en el principio constitucional de seguridad jurídica.

2.- Disfunción del principio de seguridad jurídica por la afección del indulto a la ejecución de las sentencias firmes:

El indulto distorsiona el principio de seguridad jurídica, hasta su plena ineficacia, respecto a la inejecución de las sentencias firmes, desde tres planos o manifestaciones diferentes:

a.- Como derecho fundamental: la exigibilidad del cumplimiento de las sentencias firmes se encuentra ínsita en el núcleo esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. El efectivo cumplimiento de lo dispuesto en sentencia firme no es solo una obligación, sino también un derecho fundamental: la efectividad de la sentencia y, en particular, el cumplimiento de lo dispuesto en el fallo de la resolución judicial.

infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa" (STC 116/1993, fundamento jurídico 3º, con cita de las SSTC 42/1987, 219/1989 y 93/1992)"

En el derecho a la tutela judicial efectiva se determina la virtualidad de lo resuelto, la traslación a la esfera de los particulares y del Estado de lo dispuesto por el fallo judicial firme. Así, el derecho a la ejecución de las sentencias y resoluciones judiciales está comprendido en el art. 24.1 de la Constitución, y es una exigencia “*del principio de seguridad jurídica y el de legalidad en materia procesal contenidos en los artículo 9.2 y 117.3 de la Constitución*”⁵⁴⁰.

De esta forma, con el ejercicio del *derecho de gracia* un poder diferente al Judicial, obligado a cumplir las sentencias firmes, tiene la facultad de dispensar de tal cumplimiento, en situaciones concretas, a individuos determinados, y de excepcionar la misión de hacer ejecutar lo juzgado. Y ello tiene una notable incidencia en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1, pues se impide el derecho a la ejecución de la resolución judicial, integrante del núcleo esencial de tal derecho fundamental.

La afección al derecho fundamental art. 24.1 por el *derecho de gracia* se produce por cuanto éste impide el cumplimiento de lo que dispone la sentencia condenatoria firme. La pena impuesta en resolución judicial dejará de cumplirse por haberse extinguido de la responsabilidad penal, esto es, por devenir en inexistente tal responsabilidad lo que impide que pueda ser exigida. Se trata de una renuncia del Estado al derecho de castigar, que traslada tal decisión al ámbito de la ejecución de las resoluciones judiciales, dejándolas sin efecto y sin posibilidad de su ejecución.

⁵⁴⁰ STC 102/1984, de 12 de noviembre, *ob. cit.*

La trascendencia de tal incidencia hay que situarla en la del principio de seguridad jurídica, en cuanto la efectividad de las resoluciones de los jueces y tribunales –como aplicadores del derecho- es manifestación de la eficacia del ordenamiento y de la certeza del mismo respecto, tanto a sus previsiones, como sobre su efectividad, como elementos decisivos de la seguridad jurídica⁵⁴¹.

b.- Como una competencia constitucional de los jueces y tribunales: igualmente, el indulto determina la inejecución de la pena ordenada por la norma penal, impuesta en sentencia firme. Supone que el contenido dispositivo de la resolución dictada por un órgano jurisdiccional deja de ejecutarse. La decisión judicial definitiva es la recta aplicación de la norma penal a unos hechos que constituyen ilícito, cuya consecuencia es la imposición de una pena. Y la pena que no se cumple no resulta ser la consecuencia deseada por la norma penal sino que determina la alteración del núcleo esencial de la norma y del propio sistema punitivo.

El *derecho de gracia* no solo exime del cumplimiento de la pena, sino que también resta toda virtualidad a la misión de juzgar dejándola vacía de eficacia. La función jurisdiccional de juzgar es elemento esencial del cumplimiento de la misión constitucional encomendada a los jueces y tribunales, pierde todo su contenido con el ejercicio de la *gracia*. Y con

⁵⁴¹ “Desde esta perspectiva, la seguridad jurídica se anuda a una cierta predicibilidad de la decisión judicial. Aquí debe entenderse “como la posibilidad de un cálculo apriorístico razonablemente seguro de la manera y el sentido en que los Tribunales aplicarán las normas legales”⁸ En expresión de la STC 36/1991, de 14 de febrero: “la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del derecho” Este criterio debe ligarse, asimismo, a un derecho fundamental, el derecho que todo sujeto tiene a obtener “la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión” Lauroba Lacasa, M^ª A., “El principio de seguridad jurídica y la discontinuidad del Derecho”, *ob. cit.*, pág. 1244

mayor intensidad se manifiesta tal incidencia respecto al mandato de hacer ejecutar lo juzgado, del art. 117.3 CE, pues el *derecho de gracia* impide que los juzgados y tribunales ejecuten lo resuelto en sentencia, lo juzgado.

Del textual del art. 118 de la Constitución -"Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto"-, se desprende que la ejecución de las resoluciones judiciales no determina únicamente una misión del poder Judicial, sino también se traslada como obligación inexcusable respecto a "todos". El sometimiento de los poderes públicos y los ciudadanos al cumplimiento de las resoluciones judiciales tiene su quiebra en la excepción de tal cumplimiento por el ejercicio del *derecho de gracia*.

Desde tal razonamiento, la Ley de indulto de 1870, en cuanto establece que es el Ejecutivo el poder que ostenta la potestad sobre la decisión de conceder o denegar el indulto está vulnerando, sin habilitación superior en la Constitución, el reparto competencial establecido en ésta respecto a las funciones del poder Judicial, previstas en el art. 117 CE, afectando en la esfera de funciones constitucionales esenciales del poder Judicial, y con ellas, en la propia virtualidad de la Constitución, cuyo contenido dispositivo deja de aplicarse en sus términos.

c.- Como derecho a la intangibilidad, invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales: establecido como vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) e igualmente ordenado a obtener la

satisfacción del principio de seguridad jurídica⁵⁴²-, el cual también va a resultar afectado por el ejercicio del *derecho de gracia*.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional 27/1981, de 20 de julio, se hace explícito el concreto significado del principio de intangibilidad, que se manifiesta, no solo en la invariabilidad de la resolución judicial, sino también en el derecho a que las resoluciones judiciales firmes alcancen la eficacia perseguida por la norma jurídica: *“la intangibilidad de las resoluciones judiciales, respecto de la cual ha afirmado reiteradamente este Tribunal que una de las perspectivas del derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24.1 CE es la que se manifiesta en el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la eficacia perseguida por el Ordenamiento, lo que supone tanto que aquéllas se ejecuten en sus propios términos como el respeto a las situaciones jurídicas declaradas, sin perjuicio de que se haya establecido legalmente su eventual modificación o revisión por medio de ciertos cauces extraordinarios”*⁵⁴³.

⁵⁴² STC 185/2008, de 22 de diciembre: *“El derecho a la tutela judicial efectiva impone un límite a que los órganos judiciales puedan modificar o revisar sus resoluciones firmes al margen de los supuestos y cauces procesales taxativamente previstos en la ley. Esta intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes no es un fin en sí misma, sino un instrumento para la mejor garantía de aquella tutela judicial efectiva, en conexión con la observancia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), pues de tolerarse la modificabilidad sin trabas de las resoluciones judiciales firmes se vaciaría de contenido el instituto de la firmeza, dejando al albur de las partes o del propio órgano judicial el resultado final de los procesos judiciales”* (Fundamento Jurídico 2º)

⁵⁴³ Continúa la citada Sentencia indicando: *“Así pues el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) prohíben a los órganos judiciales, excepto en los supuestos específicamente previstos en la ley, reexaminar el juicio realizado en un supuesto concreto, incluso en el caso de que posteriormente estimaran que su decisión no se ajustaba a la legalidad, ya que la protección judicial no sería efectiva si se permitiera revisar lo ya resuelto en una Sentencia firme en cualquier circunstancia (SSTC 48/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 286/2000, de 27 de noviembre, FJ 2; 140/2001, de 18 de junio, FJ 3; 56/2002, de 11 de marzo, FJ 4; 187/2002, de 14 de octubre, FJ 6; 141/2003, de 14 de julio, FJ 4; 23/2005, de 14 de febrero, FJ 4; 15/2006, de 16 de enero, FJ 4; 119/2006, de 24 de abril, FJ 4; 137/2006, de 8 de mayo, FJ 3; 231/2006, de 17 de julio, FJ 2; 234/2007, de 5 de noviembre, FJ 4; y 66/2008, de 29 de mayo, FJ 3). En este último sentido ha afirmado este Tribunal que el principio de invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales actúa con mayor intensidad en los supuestos de resoluciones firmes que en aquellos otros para los que el ordenamiento procesal ha regulado medios de impugnación específicos que permiten su revisión o variación (SSTC 140/2001, de 18 de junio,*

Dimensión que se advierte explícita cuando el indulto afecta al valor de la cosa juzgada en su dimensión material, en tanto deja sin efecto una sentencia firme. El derecho a la tutela judicial efectiva *“incluye no sólo el derecho a la ejecución de las resoluciones firmes, sino también el respeto «a la firmeza de esas mismas resoluciones y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas, pues también si la cosa juzgada (“material”, según la más arraigada expresión doctrinal) fuese desconocida vendría a privarse de eficacia a lo que se decidió con firmeza al cabo del proceso» (STC 159/1987). El art. 24 de la Constitución reconoce implícitamente el derecho a que las resoluciones firmes se cumplan”*⁵⁴⁴.

El valor de la cosa juzgada material, como exigencia del principio de seguridad jurídica, queda vacío de contenido cuando, con el ejercicio del *derecho de gracia*, la sentencia firme no alcanza la eficacia pretendida por el ordenamiento, pues *“No es dudoso que este derecho constitucional garantiza, en una de sus diversas proyecciones, el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la eficacia propia que el ordenamiento les reconoce, pues, si así no fuera, el derecho mismo a la jurisdicción, en todo su complejo contenido, quedaría, sin más, privado de sentido”*⁵⁴⁵, de donde se debe concluir que el indulto va a determinar una ruptura con el valor

FJ 3; 187/2002, de 14 de octubre, FJ 6; 141/2003, de 14 de julio, FJ 4; 31/2004, de 4 de marzo, FJ 6; 206/2005, de 18 de julio, FJ 3; y 305/2006, de 23 de octubre, FJ 5)” (Fundamento Jurídico 2º)

⁵⁴⁴ STC 12/1989, de 25 de enero (Fundamento Jurídico 4º)

⁵⁴⁵ STC 159/1987, de 26 de octubre: *“Manifestaciones de esta exigencia constitucional son, de acuerdo con una constante doctrina de este Tribunal, el derecho a que las resoluciones judiciales se ejecuten en sus propios términos (por todas, STC 67/1984, de 7 de junio, fundamento jurídico 2.º) y también, en lo que aquí más importa, el respeto a la firmeza de esas mismas resoluciones y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas, pues también si la cosa juzgada («material», según la más arraigada expresión doctrinal) fuese desconocida vendría a privarse de eficacia a lo que se decidió con firmeza al cabo del proceso (ATC 703/1986, de 17 de septiembre)”* (Fundamento Jurídico 2º)

de la cosa juzgada material, y con él, del principio de seguridad jurídica al cual se ordena⁵⁴⁶.

Consecuencia de lo expuesto, en la misma naturaleza del indulto está la afección al principio de seguridad jurídica, de certeza del ordenamiento, de legalidad. Son disfunciones sustanciales, propias de la esencia de la institución graciable y se asumen por el constituyente al consagrarlo en el art. 62.i) del texto constitucional. Por el contrario, el indulto no es, en sí mismo, una disfunción del derecho a la igualdad jurídica ni supone la alteración del principio de interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 de la Constitución, pues no forma parte de la naturaleza de la *gracia*, sino se trataría de una desviación de la misma.

Sin embargo, existe otra disfunción del indulto respecto a los principios fundamentales del Estado de Derecho, y que no es esencialmente propia del *derecho de gracia*, pero se presenta en su configuración legal en la Ley de indulto de 1870: la determinación competencial del otorgamiento del indulto en el Gobierno, y con ella, la incidencia en el ámbito de las competencias del poder Judicial y el principio de división de poderes.

⁵⁴⁶ “En nuestro Estado social y democrático de Derecho (artículo 1.1. CE) una vez que se ha impuesto una pena en un procedimiento penal perseguible de oficio, y firme que sea la sentencia, el indulto constituye la única vía posible para alterarla (artículo 130.3 del Código penal). El indulto es una auténtica excepción a la conclusión de un proceso penal seguido con todas las garantías del Estado de Derecho, por lo que es evidente que afecta al principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) en cuanto altera situaciones que han sido consagradas por una sentencia firme, irrevocable y provista del valor de la cosa juzgada (artículo 118 de la CE). En cuanto tal el indulto puede afectar a la confianza que los ciudadanos deben tener en los Tribunales y en la observancia y el respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de las sentencias penales” Sentencia del Tribunal Supremo Sala Tercera de lo contencioso-administrativo de 6 de junio 2014

CAPITULO IX

EL ACTO DE CONCESIÓN DEL INDULTO

1.- El indulto como función del Gobierno

La configuración legal del *derecho de gracia*, en su manifestación como indulto particular, ha determinado que éste, por voluntad del legislador, sea una facultad que materialmente ejerce el poder Ejecutivo. Desde las menciones que la Constitución realiza a la *gracia*, sin embargo, no cabe advertir que ninguna de ellas apunte, siquiera tácitamente, a que dicho ejercicio deba ser materialmente encomendado al Gobierno.

En la Constitución no se atribuye a ningún poder ni órgano del Estado el ejercicio real del *derecho de gracia*. Solo determina que será el Rey quien formalmente ejerza el *derecho de gracia*, con arreglo a la ley. Tal previsión –estrictamente formal- se fundamenta en la representación del Estado que el Rey ostenta en cuanto a la jefatura del mismo, símbolo de su unidad, situando a la *gracia* como expresión de la soberanía del Estado.

La atribución regia del ejercicio de *derecho de gracia* se justifica en su cualidad de acto de soberanía, pues su contenido material es expresión de la potestad de excepcionar el ordenamiento jurídico. Solo al Estado le es dable tal potestad soberana. Y, por tanto, solo el Rey -que personifica

al Estado- puede representar al Estado soberano en cumplimiento de su misión constitucional de ejercer el *derecho de gracia*.

Sin embargo, el Rey carece de atribución constitucional alguna como para considerar que el ejercicio material del *derecho de gracia* integre una facultad decisoria del Rey. La posición constitucional del Rey en el Estado de Derecho determina su irresponsabilidad por el ejercicio de las funciones que la Constitución le asigna, y la necesidad de refrendo para todos sus actos y conlleva la necesidad de una atribución material de las facultades anudada a la exteriorización formal del acto del Rey. Sin que el *derecho de gracia* sea una excepción.

Pero el ejercicio del *derecho de gracia* se diferencia de las restantes funciones del Rey del art. 62 CE, en cuanto es la única que no mantiene una relación expresa en la Constitución con ninguno de los poderes del Estado. Tan solo la necesidad de refrendo vincula el acto formal del Rey con las competencias del poder Ejecutivo, aunque sin que ello determine la atracción de *derecho de gracia* hacia su ámbito competencial⁵⁴⁷.

La necesidad de una atribución concreta de la facultad material para el ejercicio del *derecho de gracia* a algún poder del Estado, en defecto de previsión por el constituyente, ha determinado su configuración legal,

⁵⁴⁷ “La Constitución no configura el derecho de gracia como una potestad gubernamental. Como hija de su tiempo, la Ley de Indulto refleja la concepción tradicional del derecho de gracia como algo de índole ejecutiva. Pero la Constitución no dice que el derecho de gracia deba corresponder necesaria e íntegramente al Poder Ejecutivo, esto es, al Gobierno (...) la participación gubernamental en el ejercicio del derecho de gracia no podría nunca verse totalmente eliminada, ya que los actos del Rey han de ser refrendados y el refrendo, con arreglo al art. 64 CE, corresponde al Presidente del Gobierno o a los Ministros. Más de aquí sólo se sigue que dentro de la Constitución no cabría un ejercicio del derecho de gracia al margen del Gobierno, no que la Constitución configure el derecho de gracia como un dominio reservado del Gobierno”. Voto particular concurrente del Magistrado D. Luis María Díez-Picazo Jiménez, en Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Pleno, de 20 de noviembre de 2013

hasta el punto de que es una ley la que ha configurado la atribución de funciones constitucionales y, en tal misión, ha determinado la expresa injerencia del poder Ejecutivo en el ámbito competencial del Judicial, pues se sustrae a los órganos judiciales de su función de hacer ejecutar lo juzgado.

La inexistencia de una mención expresa sobre el poder que ejercerá la función efectiva en la Constitución, ha llevado al mantenimiento de una atribución histórica al Ejecutivo de tal función que se explicita en la Ley de indulto de 1870. Constitucionalmente el *derecho de gracia* no es un acto del gobierno pero es la Ley de indulto 1870 la que dota al Ejecutivo de facultades para el ejercicio material del indulto⁵⁴⁸.

⁵⁴⁸ “El derecho de gracia no es una facultad sustancialmente gubernamental, sino una atribución constitucional del Rey como Jefe del Estado. Cuando la Constitución de 1978 (en adelante CE) habla de “prerrogativa de gracia” (artículo 87.3 CE) o de “prerrogativa real de gracia” (artículo 102.3 CE) atribuye al Rey una competencia constitucional. Todas las Constituciones contemporáneas, cualquiera que sea su signo y la forma -monárquica o republicana- de Jefatura del Estado que adopten reconocen hoy el ejercicio del derecho de gracia, que no es una institución periclitada o un símbolo del sistema absolutista. Sorprende la pujanza que la vieja institución del “acto de amnistía” –o de “olvido” (“amnestia”)- que otorgó Trasíbulo, por primera vez, en el año 403 a. de C. a los treinta tiranos que habían esclavizado Atenas tiene, bajo una u otra forma, en el Derecho constitucional actual. Es cierto que en las Monarquías absolutas la palabra del Soberano era, según el caso, ley, sentencia y perdón y que en las democracias parlamentarias el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial se han independizado de la autoridad del Jefe del Estado, que ejerce el derecho de gracia. Precisamente por eso no comparto la afirmación de que el órgano competente para el ejercicio del derecho de gracia sea el Gobierno y no el Rey. Sigue aún vigente en España la Ley de 18 de julio de 1870 (en adelante LI), para el ejercicio del derecho de la gracia del indulto. Se debe ponderar que, cuando dicha Ley se dictó, el Rey era el Jefe Supremo del Gobierno y la primera jerarquía de la Administración Pública (Cfr., art. 69 de la Constitución de 1869). Hoy el Gobierno es, en cambio, un órgano constitucional independiente y diferente del Rey (artículo 98 CE) lo que comporta tres consecuencias: (1) Afirmar que el indulto compete al Gobierno -que no al Rey- no se ajusta a la CE que atribuye al Rey -que no al Gobierno- la prerrogativa de gracia; (2) Cuando el Rey expide un decreto de indulto actúa en una relación jurídico-constitucional con el Ministro que refrenda muy distinta de la que existe cuando expide los demás decretos acordados en Consejo de Ministros [artículo 62 f) CE]; la competencia en estos últimos decretos es propia del Gobierno y, en el primero, es ejercicio del derecho de gracia que la Constitución ha atribuido sólo al Rey”. Voto particular del Magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, en Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Pleno, de 20 de noviembre de 2013

En la Exposición de Motivos de la Ley de 1870 ya se plantea la asunción de la competencia a favor del Ejecutivo en la decisión sobre la concesión del indulto: *“(...) Y para asegurar aún más, si cabe, el acierto, no será el Ministro de Gracia y Justicia, sino todo el Consejo, quien habrá de tomar la última resolución en un decreto motivado, a fin de que consten siempre las razones que le movieron a ejercer la prerrogativa constitucional. Los Gobiernos que se inspiran en el cumplimiento de sus deberes no temen la publicidad y el juicio de la opinión. Por esto, los decretos de indulto se habrán de insertar en la Gaceta de Madrid”*. Es la parte dispositiva de la ley donde se positiviza la atribución competencial a favor del Ejecutivo.

La Ley de 1870 configura el indulto como un acto del Gobierno, desde el inicio de los trámites de instrucción y hasta su resolución final. El art. 20 de la Ley, atribuye al Ministro de Justicia la formación del oportuno expediente, previa la presentación de la solicitud de indulto –bien por el interesado, parientes o terceros⁵⁴⁹, bien por el tribunal sentenciador, el Tribunal Supremo o el Ministerio Fiscal⁵⁵⁰ o incluso de oficio por parte del Gobierno⁵⁵¹-. Y recibida la solicitud *“La propuesta será reservada hasta que el Ministro de Justicia, con su vista, decrete la formación del oportuno expediente”*, el cual se impulsará, en todos sus trámites, por el Ministerio de Justicia, como se establece en los arts. 22 y 23 de la Ley. La participación de los órganos jurisdiccionales se limita a la propuesta

⁵⁴⁹ Art. 19, ley indulto 1870: *“Pueden solicitar el indulto los penados, sus parientes o cualquier otra persona en su nombre, sin necesidad de poder escrito que acredite su representación”*

⁵⁵⁰ Art. 20, Ley indulto 1870: *“Puede también proponer el indulto el Tribunal sentenciador, o el Tribunal Supremo, o el Fiscal de cualquiera de ellos, con arreglo a lo que se dispone en el párrafo segundo del artículo 2.º del Código Penal, y se disponga además en las leyes de procedimiento y casación criminal”*

⁵⁵¹ Art. 21, Ley indulto 1870: *“Podrá también el Gobierno mandar formar el oportuno expediente, con arreglo a las disposiciones de esta ley, para la concesión de indultos que no hubiesen sido solicitados por los particulares ni propuestos por los Tribunales de Justicia”*

de indulto, a la emisión de informe y a la aplicación de la concesión de la *gracia*⁵⁵².

Y es el art. 30 de la Ley, el que determina la competencia del Gobierno para la concesión del indulto: “*La concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en Real Decreto que se insertará en el Boletín Oficial del Estado*”. No expresa de forma explícita que sea el Gobierno el competente para la concesión del indulto, pero el medio en el cual debe materializarse la decisión –mediante Real Decreto– implica el ejercicio de la potestad ejecutiva que la Constitución atribuye al Gobierno⁵⁵³ y que se corresponde con los actos emanados del Consejo de Ministros en cuya expedición deberá participar el Rey, de conformidad con el art. 62.f) CE⁵⁵⁴, cumpliendo el Real Decreto de concesión del indulto con la exigencia de ejercicio formal del Rey en el *derecho de gracia*, según exige el art. 62.i) CE.

La atribución de competencia al Ejecutivo, no obstante, no resulta un capricho del legislador. Por una parte, la decisión de Indultar no es una revisión de lo juzgado por los jueces y tribunales, ni tiene su sustrato material en la adecuación jurídica de las conclusiones que se alcanzan sobre el reproche penal y autoría de un acto. Por el contrario, el indulto se sustrae de los elementos en la aplicación de la ley penal, que se dan como presupuesto de la condena para actuar en base a los criterios de

⁵⁵² Art. 31, Ley indulto 1870: “*La aplicación de la gracia habrá de encomendarse indispensablemente al Tribunal sentenciador*”

⁵⁵³ Art. 97, Constitución Española: “*El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes*”

⁵⁵⁴ Art. 62, Constitución Española: “*Corresponde al Rey : f) Expedir los decretos acordados en el Consejo de Ministros, conferir los empleos civiles y militares y conceder honores y distinciones con arreglo a las leyes*”

justicia⁵⁵⁵. El indulto tiene justificación en la posible injusticia de la ley cuando es aplicada rectamente por el juez al caso concreto. Y tal misión no es exclusiva del juez sentenciador, el cual no puede apartarse de la norma penal ni le es atribuible la consideración de la justicia como un criterio de resolución del objeto de su enjuiciamiento⁵⁵⁶.

El indulto, por otra parte, tiene un marcado cariz político, entendido en la valoración de criterios de oportunidad y necesidad para la toma de decisiones, y es el Ejecutivo el que, constitucionalmente, tiene asignada la dirección política del Estado⁵⁵⁷. La ponderación de la conveniencia social para la concesión del indulto tiene una dimensión marcadamente política, pues admite la consideración de la utilidad pública –que prevé la Ley de 1870⁵⁵⁸–, convirtiéndola en una razón política que no puede ser valorada por el órgano judicial⁵⁵⁹.

⁵⁵⁵ “El soberano, el pueblo en nuestro sistema constitucional, en el orden interno, tiene un conjunto de poderes (potestades, facultades y competencias) que ejerce a través de instituciones, órganos colegiados o unipersonales del Estado, de acuerdo con el Texto fundamental. De entre ellos, la potestad de administrar justicia, monopolio del soberano, se ejerce por los Jueces y Tribunales alcanzando su grado sumo cuando dichos órganos de la Justicia imponen penas de privación de libertad a los ciudadanos. En la medida en que amnistía e indulto sean o puedan ser instrumentos para realizar la Justicia, la interpretación del artículo 117.1 de la Constitución no puede entenderse en el sentido de que los jueces monopolicen la administración de la Justicia” Linde Paniagua, E., “La clemencia (amnistía e Indulto) a la luz de la jurisprudencia de los Tribunales Supremo y Constitucional y del código Penal de 1995”, *ob. cit.*, pág. 16

⁵⁵⁶ “El Gobierno, cuando indulta, no vuelve a juzgar desde el Derecho, no enmienda la aplicación de la ley, ni revisa, ni enjuicia al Tribunal sentenciador, al contrario, parte de la aplicación correcta de la ley, sólo teniendo en consideración cuantas circunstancias concurren en el caso concreto, al margen de las previstas en las leyes, circunstancias que Tribunal sentenciador no pudo valorar sino para solicitar, en su caso el indulto. El ejercicio de esta potestad es complejo y comprometido, pero solicitado el indulto a petición de parte o por terceros, o por el Tribunal sentenciador, como es frecuente que ocurra, el Gobierno tiene que determinar si es o no justo que los condenados cumplan su condena” Linde Paniagua, E., “El Indulto como acto de Administración de justicia y su judicialización. Problemas, límites y consecuencias”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 5, UNED, 2000, pág. 162

⁵⁵⁷ Art. 97, Constitución Española: “El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes”

⁵⁵⁸ Art. 11, Ley indulto 1870: “El indulto total se otorgará a los penados tan sólo en el caso de existir a su favor razones de justicia, equidad o utilidad pública, a juicio del Tribunal sentenciador”

⁵⁵⁹ “Parece indudable que la realización de la justicia debe ser una de las causas tipificadas necesariamente como determinante de la concesión (10), lo que se desprende incluso directamente de la Constitución en

La utilidad pública solo cabe apreciarla desde criterios políticos pues no es objetivable en elementos pautados –pese a las consideraciones que el Tribunal Supremo realiza sobre tal requisito, en sus informes sobre la petición de indultos⁵⁶⁰–, sino que es cambiante, al hilo de las demandas ciudadanas y las necesidades del Estado.

Y para la apreciación de la oportunidad política no parecen resultar que sean los órganos judiciales los que constitucionalmente hayan asumido tal facultad sino, por el contrario, es un ámbito que en la Constitución se entiende vedado al poder Judicial, pues el mandato de sometimiento al imperio de la ley de art. 117 CE, y su traslación a la LOPJ, excluiría toda misión diferente a la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, desde el sometimiento a la Constitución y al ordenamiento jurídico⁵⁶¹.

*su artículo 25,2 del que se extrae que la finalidad fundamental (desde luego de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad a que se refiere expresamente el citado artículo) de la sanción es la reeducación y reinserción del sancionado, si bien pueda también tener otras finalidades que deberán calibrarse en cada caso. De lo que se deduce que cuando el fin de la sanción sea el de reeducar al sancionado y esto se presume se ha conseguido antes del cumplimiento total de la sanción, parece evidente que procederá indultarlo. En consecuencia, puede afirmarse también, si el único fundamento del indulto fuera la realización de la justicia, que en ningún caso podría concederse contra la finalidad perseguida mediante la sanción. Precisamente la recepción de la causa de «conveniencia pública» como determinante de la concesión del indulto no sólo no significa un añadido o ampliación de la «realización de la justicia», sino que desfigura esta última, en cuanto que la apreciación de la conveniencia pública por una instancia política —el proponente del indulto particular en la ley de 1870 es el Ministro de Justicia— contradice necesariamente la finalidad de la sanción impuesta que se indulta” Linde Paniagua, E., “Amnistía e Indulto en la Constitución Española de 1978”, *ob. cit.*, pág. 66*

⁵⁶⁰ informe de 14 de junio de 2000, sobre el Indulto total de la pena impuesta en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1999, en la causa especial 2940/97, *ob. cit.*

⁵⁶¹ Art. 1, LOPJ: “La Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente a la Constitución y al imperio de la ley”

Art. 2 LOPJ :

“1. El ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las Leyes y en los tratados internacionales.

2. Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el párrafo anterior, y las demás que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”

Art. 5.1 LOPJ: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios

Además, el indulto se configura como un mecanismo de compensación de los límites del poder Judicial en el ejercicio de la función aplicativa de las normas penales⁵⁶². Ello justificaría, por una parte, que no fuese el poder Judicial quien hubiese de asumir las competencias materiales en el otorgamiento del indulto y, por otra parte, que fuese otro poder el que asumiese tal potestad, esencialmente ejecutiva. Para López Aguilar *“La administración de la Gracia –consecuencia de un acto discrecional de naturaleza netamente gubernamental y ejecutiva, no puede, por tanto, encontrar otro asiento constitucional alternativo al que le proporciona la “función ejecutiva” conforme a una determinada “política interior”, con arreglo a la Constitución y a las leyes”*⁵⁶³.

Por su parte, García Mahamut plantea la competencia del Gobierno en materia de indulto en la función de dirección política del Gobierno⁵⁶⁴. La misma autora defiende que tal competencia estaría determinada por la propia Constitución, en su art. 102.3º: *“(…) no resultaría demasiado*

constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”

⁵⁶² *“La práctica totalidad de los sistemas democráticos han preservado en el Poder ejecutivo la facultad de indultar. Esta circunstancia permite sostener, por encima de la literalidad de los textos constitucionales occidentales que los gobiernos al indultar dictan actos de administración de justicia, actos vedados a los jueces, y que resulta imprescindible prever en un estado de Derecho, como el nuestro, que tiene como objetivo principal establecer la Justicia, tal y como proclama el preámbulo constitucional. Así que nuestra Constitución, como la mayoría de las occidentales, haya preservado la potestad de indultar en el Gobierno, debe entenderse como una necesaria compensación de los límites que tienen los jueces en la función aplicativa del derecho”* Linde Paniagua, E., *“El Indulto como acto de Administración de justicia y su judicialización. Problemas, límites y consecuencias”*, *ob. cit.*, págs. 161 y 162

⁵⁶³ López Aguilar, J.F., *“Una reflexión a propósito del control parlamentario del ejercicio del Derecho de Gracia”*, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 37, 1996, pág. 335

⁵⁶⁴ *“Existen razones fundadas para defender que la participación del Gobierno en materia de Indultos encuentra perfecto acomodo, desde la perspectiva de reserva constitucional a favor del Gobierno, en la función de dirección política. En efecto, es en la función de dirección política donde, especialmente, debe fundamentarse la legitimidad constitucional de la participación del ejecutivo en la concesión material de la Gracia, y sólo desde esta óptica pueden, a su vez, ser analizados el control jurídico y político del acto de concesión o denegación de la remisión o reducción de la pena objeto de la Gracia”* García Mahamut, R., *“El Indulto. Un análisis jurídico-constitucional”*, *ob. cit.*, pág. 142

forzado interpretar a partir de tal prohibición la existencia de una mandato constitucional tácito por el que, constituyendo una función material del Gobierno la facultad de otorgar o denegar la Gracia, ningún miembro del mismo puede ser merecedor de tal prerrogativa (...)”, pero la idea de que el Gobierno sea el único sujeto sobre quien recae la función material del indulto solo puede partir desde la consideración del indulto como “instrumento de indirizzo político en el ámbito de la política criminal que, en exclusiva, solo puede corresponder ejecutar al Gobierno”⁵⁶⁵.

No obstante los argumentos y posiciones señaladas, lo cierto es que la competencia material del Gobierno en la concesión de indultos, es una decisión del legislador, y no expresamente del constituyente. Cuando tal competencia se residencia en el Ejecutivo se hace en perjuicio del poder Judicial, aunque se pudiese justificar tal injerencia.

2.- El indulto y el principio de división de poderes

El indulto determina la inejecución de la pena prevista en la norma penal, impuesta en sentencia firme. Supone que el contenido dispositivo de la resolución dictada por un órgano jurisdiccional deja de ejecutarse. La decisión judicial definitiva es la recta aplicación de la norma penal a unos hechos que constituyen ilícito, cuya consecuencia es la imposición de una pena. Y la pena que no se cumple no resulta ser la consecuencia deseada por la norma penal sino que determina la alteración del núcleo esencial de la norma y del propio sistema punitivo.

⁵⁶⁵ García Mahamut, R., “El Indulto. Un análisis jurídico-constitucional”, *ob. cit.*, págs. 137 y 146

El *derecho de gracia* no solo exime del cumplimiento de la pena impuesta en Sentencia –por su remisión o su conmutación–, sino que también resta toda virtualidad a la misión de juzgar, dejándola vacía de eficacia. La función jurisdiccional de juzgar es elemento esencial del cumplimiento de la misión constitucional encomendada a los jueces y tribunales, pierde todo su contenido con el ejercicio de la *gracia*. Y con mayor intensidad se manifiesta tal incidencia respecto al mandato de hacer ejecutar lo juzgado, del art. 117.3 CE, pues el *derecho de gracia* impide que los juzgados y tribunales ejecuten lo resuelto en sentencia, lo juzgado.

Como ya hemos indicado, del textual del art. 118 de la Constitución, “*Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto*”, se desprende que la ejecución de las resoluciones judiciales no se determina, únicamente, como misión del poder Judicial, sino también se traslada como obligación inexcusable respecto a “*todos*”. El sometimiento de los poderes públicos y los ciudadanos al cumplimiento de las resoluciones judiciales tiene su quiebra en la excepción de tal cumplimiento por el ejercicio del *derecho de gracia*.

En definitiva: con el ejercicio del *derecho de gracia* un poder diferente al Judicial, obligado a cumplir las sentencias firmes, tiene la facultad de dispensar de tal cumplimiento, en situaciones concretas, a individuos determinados y de excepcionar la misión de hacer ejecutar lo juzgado. Y tal injerencia, no puede ser determinada por una ley sino que es ámbito propio y exclusivo del constituyente.

Una ley no puede vulnerar el principio de división de poderes, pues es una parte esencial del Estado de Derecho. El constituyente, cuando en el art. 1.1 proclama que *“España se constituye como un Estado social y Democrático de Derecho”*, está asumiendo la construcción fundamental del Estado de Derecho asentado en la división de los poderes como uno de sus principio vertebradores. La parte orgánica de la Constitución se configura desde la atribución de funciones y competencias a los órganos y poderes del Estado, determinando los mecanismos de mutuo control y compensación⁵⁶⁶.

Y sólo el constituyente puede alterar la atribución de competencias a los poderes del Estado. La necesidad de una concreción sobre el órgano con facultades materiales para la concesión de un indulto –que se advierte en el silencio del constituyente sobre la titularidad concreta de la citada potestad en su art. 62.i) CE–, no puede solventarse mediante la ley, por lo que la configuración legal del ejercicio del *derecho de gracia* deberá estar sometida inexorablemente, al reparto de competencias y funciones que la Constitución prevé, sin posibilidad alguna de alterarlo *so pena* de incurrir en inconstitucionalidad manifiesta.

⁵⁶⁶ *“Si estimamos que puede hablarse de una ciencia del Derecho Constitucional, uno de los axiomas de la misma es la división de poderes. En palabras de Montesquieu, “es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él yendo hasta donde encuentra límites” (Montesquieu, libro XI, cap. IV, p. 106). Precisamente por eso, el propio Montesquieu consideró necesario separar tres esferas del poder: el legislativo, el ejecutivo y el judicial. En relación con el poder judicial, a su juicio, el aseguramiento de la libertad depende de la separación de la potestad de juzgar de las potestades legislativa y ejecutiva. Si la potestad de juzgar estuviera unida a la legislativa, el juez sería al propio tiempo legislador y el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario; si la potestad de juzgar va unida a la ejecutiva el juez podría tener la fuerza de un opresor (Montesquieu, libro XI, cap. VI, p. 107). Ciertamente, el principio de la separación de poderes formulado por Montesquieu es muy radical y por ello hoy en día es más ajustada a la realidad la lectura de este principio llevada a cabo por Madison, en virtud de la cual, lo que rechaza Montesquieu no es tanto que un órgano no pueda ejercer otras funciones distintas a las de su propio “poder”, sino que todo el poder de un órgano sea ejercido por quien posea todo el poder de otro órgano, pues sería eso subvertiría los principios fundamentales de una Constitución libre (El federalista nº XLVII, p. 206)” Ruiz Miguel, C., “Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión”, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, núm. 2, 2004, págs. 164 y 165*

Desde tal razonamiento, la Ley de indulto de 1870, en cuanto establece que es el Ejecutivo el poder que ostenta la potestad sobre la decisión de conceder o denegar el indulto está vulnerando, sin habilitación superior en la Constitución, el reparto competencial establecido en ésta respecto a las funciones del poder Judicial, previstas en el art. 117 CE. Pero no porque la Constitución prevea que el poder Judicial tenga atribuida la función material de indultar –pues no existe previsión constitucional en tal sentido– sino porque con la asignación al Ejecutivo de tal potestad se está afectando en la esfera de las funciones constitucionales esenciales del poder Judicial.

El Tribunal Constitucional ha determinado la prohibición absoluta a los poderes constituidos de que alteren las previsiones del constituyente en vía interpretativa por cuanto *“los poderes constituidos no pueden ocupar el lugar que corresponde al poder constituyente y, consecuentemente, establecer la interpretación del alcance que pueden tener los preceptos constitucionales, de manera que el legislador ordinario no puede ejercer una función constituyente interpretando en un sentido determinado, entre varios posibles, dichos preceptos de la Constitución”*⁵⁶⁷.

⁵⁶⁷ STC 247/2007, de 12 de diciembre: *“La doctrina constitucional contenida en la STC 76/1983 puede sintetizarse, reproduciéndola, en lo que aquí resulta pertinente, en los siguientes términos:*

a) *Como punto de partida dijimos que «en todo caso lo que las Cortes no pueden hacer es colocarse en el mismo plano del poder constituyente realizando actos propios de éste, salvo en el caso en que la propia Constitución les atribuya alguna función constituyente. La distinción entre poder constituyente y poderes constituidos no opera tan sólo en el momento de establecerse la Constitución; la voluntad y racionalidad del poder constituyente objetivadas en la Constitución no sólo fundan en su origen sino que fundamentan permanentemente el orden jurídico y estatal y suponen un límite a la potestad del legislador. Al Tribunal Constitucional corresponde, en su función de intérprete supremo de la Constitución (art. 1 LOTC), custodiar la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes constituidos, los cuales nunca podrán rebasar los límites y las competencias establecidas por aquél» (STC 76/1983, F. 4).*

b) *También manifestamos que «es cierto que todo proceso de desarrollo normativo de la Constitución implica siempre una interpretación de los correspondientes preceptos constitucionales, realizada por quien dicta la norma de desarrollo. Pero el legislador ordinario no puede dictar normas meramente interpretativas, cuyo exclusivo objeto sea precisar el único sentido, entre los varios posibles, que deba*

Podría argumentarse que en la naturaleza del indulto se encuentra tal injerencia en el poder Judicial. Y es cierto, pues el *derecho de gracia*, en su esencia, tiene ínsita tal afección a las funciones del poder Judicial, y sólo es comprensible desde la afección. Si el *derecho de gracia* existe, y la

atribuirse a un determinado concepto o precepto de la Constitución, pues, al reducir las distintas posibilidades o alternativas del texto constitucional a una sola, completa de hecho la obra del poder constituyente y se sitúa funcionalmente en su mismo plano, cruzando al hacerlo la línea divisoria entre el poder constituyente y los poderes constituidos» [STC 76/1983, F. 4 c)].

c) De tal modo, decíamos que «es evidente que cuando el legislador estatal dicta una norma básica, dentro del ámbito de sus competencias, está interpretando lo que debe entenderse por básico en el correspondiente caso concreto, pero, como hemos señalado anteriormente, no cabe confundir esta labor interpretativa del legislador con la producción de normas meramente interpretativas, que fijan el contenido de los términos de la Constitución con carácter general cerrando el paso a cualquier otra interpretación; en este caso el legislador se coloca indebidamente en el lugar que corresponde al poder constituyente y al Tribunal Constitucional» (STC 76/1983, F. 7).

A la vista de esta doctrina contenida en la STC 76/1983, lo primero que hay que señalar es que la Constitución no impide al legislador ordinario su interpretación, pues ningún precepto de aquélla así lo declara ni este Tribunal ha admitido la existencia de reservas implícitas a favor del constituyente.

Con posterioridad a la STC 76/1983, el Tribunal Constitucional ha precisado y desarrollado la doctrina relativa a la inconstitucionalidad de ciertas normas interpretativas contenida en aquel primer pronunciamiento y lo ha hecho siempre con el mismo alcance. Así, es esencial la consideración de las SSTC 227/1988, de 29 de noviembre, F. 3; 214/1989, de 21 de diciembre, F. 5; 17/1991, de 31 de enero, F. 7; 197/1996, de 28 de noviembre, F. 21; 40/1998, de 19 de febrero, F. 6, y 15/2000, de 20 de enero, F. 4; Sentencia esta última en la que también dijimos expresamente que «[m]ás allá de los límites explícitos que para el legislador autonómico resulten de la Constitución y del propio Estatuto de Autonomía, como norma institucional básica, no cabe configurar para su labor límites o reservas implícitas» (STC 15/2000, F. 4).

En síntesis, en estos pronunciamientos el Tribunal ha venido a concluir que:

«una cosa es que dicho legislador [estatal] realice con pretensiones normativas de validez general, una interpretación genérica y abstracta del sistema constitucional y estatutario de distribución de competencias, con pretensiones de vinculación a las Comunidades Autónomas (tarea que, evidentemente, le está vedada), y otra muy distinta que, en el ejercicio de las competencias que la Constitución y los Estatutos de Autonomía le atribuyen para la ordenación de un sector material concreto, dicho legislador deba proceder a una interpretación del alcance y los límites de su propia competencia (STC 227/1988, F. 3)» (STC 40/1998, de 19 de febrero, F. 6).

En definitiva, dos criterios pueden extraerse de la doctrina contenida en la STC 76/1983 y complementarias aludidas. El primero consiste en señalar que lo que le está vedado al legislador, estatal o autonómico, es la interpretación genérica y abstracta del sistema constitucional de reparto competencial con pretensión de vinculación general a todos los poderes públicos, imponiéndoles su propia interpretación de la Constitución. Y el segundo, consecuencia del anterior, se traduce en que los poderes legislativos constituidos, estatal o autonómico, ejercerán su función legislativa de modo legítimo cuando, partiendo de una interpretación de la Constitución, sus normas se dirijan a su ámbito competencial, ejerciendo las competencias propias, siempre que, al hacerlo, no pretendan imponer a todos los poderes públicos, como única, una determinada opción interpretativa del precepto constitucional, pues «al usar de sus facultades legislativas sobre las materias de su competencia, tanto el Estado como las Comunidades Autónomas han de operar a partir de un determinado entendimiento interpretativo del bloque de la constitucionalidad (STC 214/1989, F. 5)» (STC 197/1996, de 28 de noviembre, F. 21)»

Constitución no deja duda al efecto, éste se proyecta en las funciones del poder Judicial, al impedir su ejercicio. Pero y siendo así, no se puede trasladar al ámbito de la naturaleza del *derecho de gracia* que sea el poder Ejecutivo el que residencie la potestad, por lo que en la medida de que pudiese ser el propio poder Judicial el que la ejerciese, se evitaría la injerencia.

La Constitución, como así lo hemos explicado, no determina que sea el poder Ejecutivo el que deba ejercer la potestad material del *derecho de gracia*. Existen razones que justifican la atribución, pero no se derivan, expresamente, de una previsión constitucional⁵⁶⁸. Antes al contrario, de la Constitución se desprenden las funciones del poder Judicial, sin que exista habilitación constitucional, al poder Ejecutivo, para que pudiera transgredirlas o invadirlas. El impedimento por tanto, no se encuentra en la norma que atribuye al Ejecutivo la potestad de indultar, sino en la propia configuración de las competencias de los poderes del Estado en la Constitución que, a falta de previsión que habilite al Ejecutivo para la injerencia, no puede ésta legitimarse mediante norma con rango de ley.

⁵⁶⁸ *“La otra consideración de alcance general es que, si bien la aún hoy vigente Ley de Indulto de 18 de junio de 1870 atribuye materialmente la decisión de indultar -o de no hacerlo- al Consejo de Ministros, la Constitución no configura el derecho de gracia como una potestad gubernamental. Como hija de su tiempo, la Ley de Indulto refleja la concepción tradicional del derecho de gracia como algo de índole ejecutiva. Pero la Constitución no dice que el derecho de gracia deba corresponder necesaria e íntegramente al Poder Ejecutivo, esto es, al Gobierno. No hay que infravalorar que el derecho de gracia esté regulado no en el Título IV relativo al Gobierno, sino en el Título II relativo a la Corona. Ciertamente, cuando el apartado i) del art. 62 CE encomienda al Rey "ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales", nadie entiende que la decisión material de indultar o no indultar corresponda al monarca, pues ello resultaría incompatible con la idea misma de monarquía parlamentaria. Pero del mencionado precepto constitucional se desprenden dos relevantes consecuencias: por un lado, debe existir una regulación legal del derecho de gracia, de manera que el Gobierno no tendría una potestad de indultar si no existiese una ley reguladora de las formas y los límites a que debe ajustarse el indulto; y, por otro lado, la Constitución no sería obstáculo a una regulación legal del indulto notablemente distinta de la actual, en la que el papel del Gobierno en la decisión se viera más constreñido”.* Voto particular concurrente del Magistrado D. Luis María Díez-Picazo Jiménez, en Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Pleno, de 20 de noviembre de 2013

Por tanto, la cuestión a determinar es si el indulto podría residenciarse en un poder diferente al poder Ejecutivo, particularmente en el poder Judicial, a efecto de superar la disfunción constitucional que éste supone en las funciones encomendadas en el art. 117 CE⁵⁶⁹. Posibilidad que, en la Constitución, no parece estar vedada, pero que determinará, como se expondrá, una nueva regulación legal del *derecho de gracia*.

3.- Materialización del ejercicio del indulto

De conformidad con lo previsto en el art. 30 de la Ley de indulto de 1870, “*La concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en Real Decreto que se insertará en el Boletín Oficial del Estado*”, cumpliendo el Real Decreto de concesión del indulto con la exigencia de ejercicio formal del Rey en el *derecho de gracia* según exige el art. 62.i) CE, mediante la expedición de dicho Real Decreto. La referencia explícita a que el indulto es un acto del Gobierno en cuanto a su contenido material se encuentra, precisamente, en que la concesión debe hacerse en un Real Decreto, el cual está reservado, como expresión externa del acto, al Ejecutivo.

⁵⁶⁹ “*Nada impediría, por ejemplo, que la ley exigiera la previa autorización parlamentaria para otorgar determinados indultos. Esta última observación es sumamente importante en esta sede, porque sirve para enmarcar en sus justos términos la idea -por lo demás, tal como queda dicho, esencialmente correcta- de que el indulto es un "acto político": aun siendo un acto político, no pertenece al círculo de los actos que la Constitución diseña como esencialmente gubernamentales y, por tanto, los límites que la ley -o esta Sala, interpretando rectamente la ley- le imponga no pueden ser vistos como inaceptables intromisiones en la esfera constitucionalmente garantizada de atribuciones del Gobierno*”. Voto particular concurrente del Magistrado D. Luis María Díez-Picazo Jiménez, en Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Pleno, de 20 de noviembre de 2013

3.1.- El Real Decreto de concesión del indulto

La exigencia de Real Decreto para la formalización del acto de concesión del indulto, lleva a plantear tanto si el citado Real Decreto corresponde al Presidente de Gobierno o al Consejo de Ministros y, por tanto, si es un acto del Presidente o un acto del Gobierno. La Ley de 1870 nada dice al respecto ni se puede deducir de ésta de forma taxativa que la decisión del indulto sea una atribución expresa bien del Presidente, bien del Consejo de Ministros.

En el Decreto del Ministerio de Justicia, de 22 de abril 1938, publicado en el BOE de 24 de abril, se preveía, en su art. 4, que: *“El otorgamiento de indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en Decreto Motivado, previa deliberación de Consejo de Ministros, a propuesta del de Justicia. Dichos Decretos se insertarán en el Boletín Oficial del Estado”*. La vigencia de tal norma, en la medida que no ha sido derogada expresamente por normas posteriores, estaría determinada por la contradicción de lo en ella regulado con la modificación de la Ley de indulto de 1870, mediante Ley 1/1988, de 14 de enero, así como por la aprobación de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en la medida que el rango jerárquico de tales normas derogaría las previsiones del Decreto de 1938. Y ello sin perjuicio de la asignación competencial respecto al poder Judicial que realiza la Constitución, que, con la entrada en vigor de la Carta Magna, y careciendo de habilitación constitucional para la determinación de la competencia en el otorgamiento del indulto a favor del Ejecutivo, habría devenido en nula según la disposición derogatoria de la Constitución. Tal Decreto, no obstante, ha sido expresamente invocado como fundamento

normativo en diferentes Reales Decretos de concesión de indultos, desde la vigencia de la Constitución.

El textual de la Ley de indulto de 1870, anterior a la modificación operada por Ley 1/1988, de 14 de enero, preveía en su art. 30 que: “*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*”. Con la modificación de 1988 –art. 3.3-, se establece que: “*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».*”. Tal modificación determinó que el textual vigente del art. 30, Ley de 1870, tenga la siguiente dicción: “*La concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en Real Decreto que se insertará en el Boletín Oficial del Estado*”, de forma que queda sin determinar quién es el competente para el otorgamiento del indulto: el Consejo de Ministros o el Presidente del Gobierno, pues ambos pueden dictar Reales Decretos, en el ámbito de sus competencias.

No parece obstar la nueva redacción del art. 30 de la Ley de indulto a la aplicación del Decreto de 1938. La sustitución de los términos “*Decreto motivado y acordado en Consejo de Ministros*” por “*Real Decreto*”, no está excluyendo que el Real Decreto sea acordado por el Consejo de Ministros, por lo que, en ese particular, no resultaría contradicha la Ley con el texto del art. 4 del Decreto de 1938: “*El otorgamiento de indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en Decreto Motivado, previa deliberación de Consejo de Ministros, a propuesta del de Justicia*”⁵⁷⁰. Deberá, por ello, ser

⁵⁷⁰ Sin perjuicio de la eliminación de la exigencia de motivación en la reforma del art. 30 de la Ley de 1870, y su incidencia tanto en la efectiva inexigencia de tal motivación, como en la vigencia de lo dispuesto en el Decreto de 1938, en el particular referido a tal motivación, cuestión que se tratará en este trabajo.

objeto de consideración si la aprobación de la Ley 50/1997, del Gobierno, afectaría a lo dispuesto en el meritado Decreto de 1938.

Debe descartarse, en primer lugar, que el Real Decreto sea de un Ministro –el que tenga asignadas las competencias sobre *gracia*, que normalmente corresponde al Ministro de Justicia-. Y ello porque, según el art. 25 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, la forma de Real Decreto no está prevista para las disposiciones y resoluciones de los Ministros, las cuales adoptan la forma de Órdenes Ministeriales de conformidad con el apartado f) del precepto citado⁵⁷¹.

Según el mismo art. 25, sólo revestirán la forma de Real Decreto: a) los Reales Decretos Legislativos y Reales Decretos-leyes; b) Reales Decretos del Presidente del Gobierno – respecto a las disposiciones y los actos cuya adopción venga atribuida al Presidente-; y c) Reales Decretos acordados en Consejo de Ministros –respecto a las decisiones que aprueben normas reglamentarias de la competencia de éste y las resoluciones que deban adoptar dicha forma jurídica-. Tal textual, reduce las posibilidades para

⁵⁷¹ Art. 25, Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno: “De la forma de las disposiciones y resoluciones del Gobierno, de sus miembros y de las Comisiones Delegadas

Las decisiones de los órganos regulados en esta Ley revisten las formas siguientes:

a) Reales Decretos Legislativos y Reales Decretos Leyes, las decisiones que aprueban, respectivamente, las normas previstas en los artículos 82 y 86 de la Constitución.

b) Reales Decretos del Presidente del Gobierno, las disposiciones y actos cuya adopción venga atribuida al Presidente.

c) Reales Decretos acordados en Consejo de Ministros, las decisiones que aprueben normas reglamentarias de la competencia de éste y las resoluciones que deban adoptar dicha forma jurídica.

d) Acuerdos del Consejo de Ministros, las decisiones de dicho órgano colegiado que no deban adoptar la forma de Real Decreto.

e) Acuerdos adoptados en Comisiones Delegadas del Gobierno, las disposiciones y resoluciones de tales órganos colegiados. Tales acuerdos revestirán la forma de Orden del Ministro competente o del Ministro de la Presidencia, cuando la competencia corresponda a distintos Ministros.

f) Órdenes Ministeriales, las disposiciones y resoluciones de los Ministros. Cuando la disposición o resolución afecte a varios Departamentos revestirá la forma de Orden del Ministro de la Presidencia, dictada a propuesta de los Ministros interesados”

la determinación concreta de la potestad para el otorgamiento del indulto a sólo dos: o Real Decreto del Presidente del Gobierno o Real Decreto del Consejo de Ministros.

Dependerá la potestad, por tanto, de la atribución de la meritada facultad de que venga establecida bien al Presidente o bien al Consejo de Ministros según prevén los incisos finales de los apartados b) y c): “*cuya adopción venga atribuida al Presidente*” y “*las resoluciones que deban adoptar dicha forma jurídica*”. La dicción del apartado b) determina la necesidad de una atribución expresa al Presidente del Gobierno para que la disposición o el acto concreto revistan la forma de Real Decreto del Presidente. Pero en el textual del apartado c) se advierte que las resoluciones del Consejo de Ministros serán Reales Decretos si tales resoluciones requieren adoptar la citada forma jurídica.

Existe pues, una atribución específica de la forma de Real Decreto para los actos del Presidente que sean adoptados por éste por estar atribuidos a él. Y una atribución genérica de la forma de Real Decreto para todas las resoluciones que deban adoptar ésta, respecto al Consejo de Ministros. La determinación, por tanto, del órgano competente para poder acordar el indulto vendrá determinada, en primer lugar, por las competencias que expresamente tenga atribuidas el Presidente y, en segundo lugar, por las que requieran la forma de Real Decreto, que corresponderán al Consejo de Ministros.

La Ley de indulto de 1870 exige la forma de Real Decreto. Y éste, podría ser, de conformidad con el art. 25.c) de la Ley del Gobierno, el que cumple la previsión del meritado apartado - *resoluciones que deban adoptar dicha forma jurídica*-, como una decisión del Consejo de Ministros. Desde esta

interpretación literal el otorgamiento del indulto corresponde al Consejo de Ministros pues tal decisión exige la forma jurídica de Real Decreto. Sin embargo cabría plantearse la posibilidad de que existiesen algunos actos que exigiesen forma jurídica de Real Decreto cuya adopción correspondiera al Presidente del Gobierno, en cuyo caso, la competencia correspondería a éste, sin operar la cláusula genérica del apartado c) del art. 25, sino la expresa del apartado b) de la misma norma.

Las atribuciones del Presidente del Gobierno están establecidas en el art. 2 de la Ley del Gobierno⁵⁷². En ella se determina una relación expresa de funciones encomendadas al Presidente del Gobierno, entre las cuales no se menciona el otorgamiento del indulto. Y la previsión del apartado n),

⁵⁷² Art. 2, Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno: “Del Presidente del Gobierno

1. El Presidente dirige la acción del Gobierno y coordina las funciones de los demás miembros del mismo, sin perjuicio de la competencia y responsabilidad directa de los Ministros en su gestión.
2. En todo caso, corresponde al Presidente del Gobierno:
 - a) Representar al Gobierno.
 - b) Establecer el programa político del Gobierno y determinar las directrices de la política interior y exterior y velar por su cumplimiento.
 - c) Proponer al Rey, previa deliberación del Consejo de Ministros, la disolución del Congreso, del Senado o de las Cortes Generales.
 - d) Plantear ante el Congreso de los Diputados, previa deliberación del Consejo de Ministros, la cuestión de confianza.
 - e) Proponer al Rey la convocatoria de un referéndum consultivo, previa autorización del Congreso de los Diputados.
 - f) Dirigir la política de defensa y ejercer respecto de las Fuerzas Armadas las funciones previstas en la legislación reguladora de la defensa nacional y de la organización militar.
 - g) Convocar, presidir y fijar el orden del día de las reuniones del Consejo de Ministros, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 62.g) de la Constitución.
 - h) Refrendar, en su caso, los actos del Rey y someterle, para su sanción, las leyes y demás normas con rango de ley, de acuerdo con lo establecido en los artículos 64 y 91 de la Constitución.
 - i) Interponer el recurso de inconstitucionalidad.
 - j) Crear, modificar y suprimir, por Real Decreto, los Departamentos Ministeriales, así como las Secretarías de Estado. Asimismo, le corresponde la aprobación de la estructura orgánica de la Presidencia del Gobierno.
 - k) Proponer al Rey el nombramiento y separación de los Vicepresidentes y de los Ministros.
 - l) Resolver los conflictos de atribuciones que puedan surgir entre los diferentes Ministerios.
 - m) Impartir instrucciones a los demás miembros del Gobierno.
 - n) Ejercer cuantas otras atribuciones le confieran la Constitución y las leyes”

del mismo “*ejercer cuantas otras atribuciones le confieran la Constitución y las leyes*” requiere de una atribución por el mandato del ordenamiento jurídico que, en lo referente al *derecho de gracia*, no existe ni en el texto constitucional, ni en la Ley de indulto de 1870.

Igualmente, la Ley del Gobierno, en su art. 5, establece cuales son las funciones del Consejo de Ministros. En ella, como igualmente ocurre con el Presidente del Gobierno, se hace una relación de materias y actos, en los cuales no se efectúa mención alguna al *derecho de gracia*, y contiene una previsión general, en su apartado k), respecto al ejercicio de cuantas otras atribuciones “*le confieran la Constitución, las leyes y cualquier otra disposición*”⁵⁷³. Debe notarse que, en el caso del Presidente del Gobierno, la previsión general se refiere a “*atribuciones le confieran la Constitución y las leyes*”, mientras que en el supuesto del Consejo de Ministros, éstas se extienden más allá, adicionando las atribuciones que pudiese conferir “*cualquier otra disposición*”.

⁵⁷³ Art. 5, Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno: “*Del Consejo de Ministros*

1. *Al Consejo de Ministros, como órgano colegiado del Gobierno, le corresponde:*

- a) *Aprobar los proyectos de ley y su remisión al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado*
- b) *Aprobar el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado.*
- c) *Aprobar los Reales Decretos-Leyes y los Reales Decretos Legislativos.*
- d) *Acordar la negociación y firma de Tratados internacionales, así como su aplicación provisional.*
- e) *Remitir los Tratados internacionales a las Cortes Generales en los términos previstos en los artículos 94 y 96.2 de la Constitución.*
- f) *Declarar los estados de alarma y de excepción y proponer al Congreso de los Diputados la declaración del estado de sitio.*
- g) *Disponer la emisión de Deuda Pública o contraer crédito, cuando haya sido autorizado por una Ley.*
- h) *Aprobar los reglamentos para el desarrollo y la ejecución de las leyes, previo dictamen del Consejo de Estado, así como las demás disposiciones reglamentarias que procedan.*
- i) *Crear, modificar y suprimir los órganos directivos de los Departamentos Ministeriales.*
- j) *Adoptar programas, planes y directrices vinculantes para todos los órganos de la Administración General del Estado.*
- k) *Ejercer cuantas otras atribuciones le confieran la Constitución, las leyes y cualquier otra disposición”*

La inexistencia de atribución expresa, ni al Presidente ni al Consejo de Ministros, de la facultad del otorgamiento de indultos, debe conducir a la aplicación de la previsión del art. 25.c) de la Ley del Gobierno, relativa a la forma jurídica de Real Decreto para los actos del Consejo de Ministros correspondientes a “*resoluciones que deban adoptar dicha forma jurídica*”, que exige el art. 30 de la Ley de indulto de 1870 que, además cohonesta con la cláusula abierta del apartado k) del art. 7.1 de la misma norma, como atribución al Consejo de Ministros que “*le confieran la Constitución, las leyes y cualquier otra disposición*”, entendido el indulto dentro de esta previsión, al ser éste consecuencia del art. 25.c) –precepto legal-.

Por otra parte, el Real Decreto del Consejo de Ministros es un acto, y no una disposición normativa⁵⁷⁴. Pero es un acto de naturaleza especial, ya que no es una simple aplicación del derecho, sino, en sí mismo, es una alteración del derecho: innova el ordenamiento, pues lo excepciona al modificar la previsión de la norma penal, habilitada constitucionalmente. Con el acto de concesión del indulto no se cumple la ya clásica distinción entre acto administrativo y reglamento⁵⁷⁵. Esta peculiar naturaleza del

⁵⁷⁴ “La distinción más obvia entre el reglamento y el acto es la que atiende al criterio ordinalista. Aquél forma parte del Ordenamiento jurídico, en tanto que el acto es algo <<ordenado>>, producido en el seno del Ordenamiento, y por éste previsto como simple aplicación al mismo (V.gr., convocatoria de oposiciones, informaciones públicas, <<órdenes generales>> como la que da el Alcalde el día de nevada para limpiar las aceras de nieve). El carácter ordenado del acto puede expresarse en un dato externo, el de que su cumplimiento es <<consuntivo>>, agota el acto, en tanto que el cumplimiento de la norma no sólo no agota o consume ésta, sino que, por el contrario, la afirma” Estepa Montero, M., “Régimen jurídico y control jurisdiccional de los reales decretos reglamentarios”, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2004, pág. 102

⁵⁷⁵ Sentencia Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso- administrativo de 15 de octubre de 1997: “En la polémica doctrinal entre el Reglamento y el acto administrativo, la moderna doctrina de Derecho Administrativo pone de manifiesto que el Reglamento es un acto ordinalista que crea derecho y el acto se limita a aplicarlos, en la medida que son actos ordenados por fuerza de los regímenes respectivos de aplicación, que difieren, en uno y otro caso, frente a sectores doctrinales que entienden que el acto-regla de la Administración o Reglamento administrativo ha de incluirse en el concepto genérico de acto administrativo, siendo así que toda disposición general es un acto jurídico de la Administración que está constituido por diversos elementos, como son la competencia, el procedimiento, el fin, el contenido, y la

indulto como acto del Gobierno, llevará a la reflexión sobre la naturaleza del acto de su otorgamiento, esencialmente discrecional, cuestión que ha planteado diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales, según se pondrán de manifiesto en la presente.

3.2.- Control del Real Decreto de otorgamiento del indulto

En el art. 26 de la Ley 50/1997 de 27 de noviembre, del Gobierno, se establecen cuatro vías de control de los actos del Gobierno:

- 1.-** La sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, que implica la autotutela de sus propios actos por el Gobierno.
- 2.-** El control parlamentario de los actos del gobierno por los mecanismos de control-fiscalización y control-responsabilidad que ejercen las Cortes sobre el Ejecutivo, según prevén la Constitución y los Reglamentos de las Cámaras.
- 3.-** La fiscalización en vía Contencioso-Administrativa, por la heterotutela jurisdiccional, de los actos del Gobierno, y de los órganos y autoridades que se regulan en la Ley del Gobierno, con remisión a lo dispuesto en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

forma y dicha disposición vulneraría la Ley cuando omitiese algunos de sus elementos esenciales, al dictarse las disposiciones generales, que han de ajustarse al texto normativo”

4.- El control de constitucionalidad de la actuación del Gobierno ante el Tribunal Constitucional, de conformidad con su Ley orgánica reguladora.

En primer lugar, respecto al control de sus actos por parte del Gobierno la posibilidad de revocación del acto de otorgamiento del indulto no tiene opción alguna de efectuarse, respecto al contenido material del mismo, a la vista de lo dispuesto en el art. 18 de la Ley de 1870: *“La concesión del indulto es por su naturaleza irrevocable, con arreglo a las cláusulas con que hubiere sido otorgado”*. La esencia de la irrevocabilidad del acto, está en el propio concepto de perdón, como decisión libérrima y graciable, que impide una nueva toma en consideración de lo ya resuelto, de lo que ha sido concedido.

Si bien no existe un derecho al indulto, éste una vez concedido, determina el derecho de su beneficiado a que surta los efectos que se prevén tanto en la Constitución –implícitamente– como en su ley reguladora, de forma expresa, así como en la ley penal: la inexecución de la sentencia firme y la extinción de la responsabilidad criminal. Tal decisión en la medida que debe ejecutarse por el tribunal sentenciador, determina la existencia de un acto firme, inmediatamente ejecutivo, y no impugnabile en cuanto a su contenido material, que sólo podrá ser revisado de concurrir causas de una nulidad absoluta y radical, recayente en los requisitos formales y procedimentales que determina la Ley de 1870.

La irrevocabilidad del indulto, impide así que el Ejecutivo pueda efectuar un replanteamiento de los criterios de justicia, equidad y utilidad pública que se tuvieron en consideración para otorgarlo, por lo que el control de sus actos sólo se puede realizar respecto a los aspectos formales de su

tramitación, esto es, el cumplimiento de las prescripciones establecidas en la Ley de 1870 y los límites constitucionales de todo acto, pero no la posibilidad de una nueva consideración sobre la decisión de conceder o de denegar el indulto.

En segundo lugar, el control parlamentario de los actos del Gobierno es una vía de fiscalización de la función de dirección política del Ejecutivo que está implícito en el la configuración del Parlamento como fuente de la legitimidad del Gobierno⁵⁷⁶.

Los mecanismos de control-fiscalización y control-responsabilidad, sobre los actos del Gobierno, sin embargo, no pueden incidir en la valoración jurídica del acto del Ejecutivo, ni en su eficacia. El control que efectúa el Parlamento se verifica *ex post* al acto que sería susceptible de control, y sus efectos se extienden a la crítica –y responsabilidad– sobre el autor del acto, pero no sobre el acto en sí mismo⁵⁷⁷.

⁵⁷⁶ *"Pero control político del gobierno y posibilidad de exigirle la responsabilidad, que son las piezas que configuran el régimen parlamentario, cobran su significación democrática actual sólo cuando, además de su constitucionalización, encontramos en las Constituciones el sufragio universal en toda su extensión, así como a los partidos políticos y a la opinión pública, como mediadores entre el Parlamento y el electorado que, en última instancia, es el destinatario de los efectos de la función de control y el que, con su voto, exigirá responsabilidades políticas al gobierno y a la oposición. En este sentido, por vez primera en nuestro constitucionalismo con carácter estable, encontramos en la CE vigente todos los elementos que configuran el control y la exigencia de responsabilidad política, como funciones de un parlamento moderno. Un parlamento que representa al "pueblo español", esto es, según el contenido que el TC da a la representación, un parlamento que ha de dar efectividad al derecho de participación al que se refiere el art. 23.1. Un parlamento elegido por sufragio universal, a través de la mediación de los partidos políticos que "concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumentos para la participación política", y que, en fin, ha de estar atento a una opinión pública que es el resultado del ejercicio de los derechos a comunicar o recibir libremente información, que convierten a aquella en la garantía de una sociedad libre, a la que también y repetidamente se ha referido el TC"* Portero, J.A., "El control parlamentario del gobierno", *Working Paper*, núm. 142, Barcelona, 1998, pág. 4

⁵⁷⁷ *"los efectos jurídicos del control político del gobierno por el parlamento son sólo de naturaleza procedimental, pero no tienen efectos jurídicos reglados sobre la voluntad del gobierno y, por lo tanto, los que pudiera tener, de naturaleza política, no reglados, obviamente, no los podemos saber con rigor. Una pregunta o una interpelación sólo provocan la puesta en marcha de un procedimiento que consiste en obligar al gobierno a contestarla de la forma que crea conveniente, pero no le obligan, jurídicamente, a*

Ciertamente, el Parlamento dispone, en exclusiva, de la titularidad de la función legislativa en virtud de la cual se debe articular la regulación del ejercicio del indulto. Pero tal posibilidad no determina un mecanismo en derecho para el control material del acto de otorgamiento del indulto con arreglo a la norma vigente en el momento de la decisión graciable, sino a una actuación *lege ferenda*, cuyos efectos sobre los actos de gobierno ya realizados estarían limitado en sus efectos retroactivos, en la medida que la nueva norma determinase un perjuicio del beneficio otorgado pues este se consolida como un auténtico derecho subjetivo tras su concesión, con lo que operaría el principio de irretroactividad del art. 9.3 CE. El control parlamentario del acto del gobierno, en consecuencia, no determinará la revisión ni la revocabilidad de la decisión sobre la concesión del indulto.

En tercer lugar, el control de la constitucionalidad de la actuación del Gobierno ante el Tribunal Constitucional debe efectuarse de conformidad con su ley orgánica reguladora lo cual implica que la Ley del Gobierno no está habilitando un mecanismo específico para el control constitucional de los actos emanados por el Ejecutivo, sino el general establecido en la Constitución y en la Ley orgánica del Tribunal Constitucional.

El art. 27.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, determina qué actos y disposiciones son susceptibles de ser declarados inconstitucionales:

modificar la actuación sobre la que es interrogado, sustituyendo su voluntad por la de quien pregunta o interpela. En este caso, la actividad no es la del órgano Parlamento, cuya voluntad mayoritaria, aquí, no es necesaria ni determinante de nada, sino la actividad de alguno de sus miembros, individuo o grupo, porque no se está procediendo a la formación de la voluntad estatal, sino sólo a controlar la acción del gobierno por un representante del pueblo. No hay efectos jurídicos sobre la voluntad del gobierno porque no se está formalizando jurídicamente nada; los que se producen tienen naturaleza procedimental, y si hay efectos políticos pueden ser de índole muy distinta y no los podemos medir, por eso no son precisos, sino difusos” Portero, J.A., “El control parlamentario del gobierno”, *ob. cit.*, pág. 11

- a) *Los Estatutos de Autonomía y las demás Leyes orgánicas.*
- b) *Las demás Leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de Ley. En el caso de los Decretos legislativos, la competencia del Tribunal se entiende sin perjuicio de lo previsto en el número 6 del artículo 82 de la Constitución.*
- c) *Los Tratados internacionales.*
- d) *Los Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales.*
- e) *Las Leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas, con la misma salvedad formulada en el apartado b) respecto a los casos de delegación legislativa.*
- f) *Los Reglamentos de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas”*

Advirtiéndose que el Real Decreto de otorgamiento de un indulto, en tanto no es un acto con fuerza de ley no admite el control de constitucionalidad sobre el mismo por parte del Tribunal Constitucional. Esta cuestión, no obstante ha planteado alguna posición doctrinal que apunta a que el acto de otorgamiento del indulto compartiría la naturaleza del acto con valor de ley, en la medida de que no puede quedar exento de control material en abstracto, llegando a esta conclusión desde la ausencia de un control concreto en cuanto al contenido material del acto de Gobierno⁵⁷⁸.

⁵⁷⁸ “Si no resulta posible un control concreto, parece que, por exclusión, el control de un acto del Gobierno que por falta absoluta de motivación puede considerarse frontalmente contrario a la Constitución en el principio varias veces mencionado, sólo podría ser el control abstracto. Para ello, como es obvio, resulta imprescindible entender que el indulto tiene valor de ley. Tal entendimiento, que contradice palmariamente la forma (Real Decreto) que porta el indulto (pero —repárese— no el órgano que lo emana: el Gobierno, que aprueba normas con rango y fuerza de ley, como son los Decretos-leyes) y que por ello puede suscitar un rechazo radical a limine, puede al menos considerarse, en mi opinión, si se atiende a algunos extremos: — a que dicho RD no desarrolla ley alguna, sino que deriva directamente de la CE [(art. 62.i)] (46); — a que su tacha será necesariamente de inconstitucionalidad (art. 9.3 CE), sin que pueda serlo (en lo que a la inmotivación se refiere, que es de lo que se trata) de legalidad (y menos con la citada reforma de la LI de 1988, que ha suprimido, como criticábamos antes, la mención expresa a la necesidad

En cuarto lugar, la fiscalización en vía Contencioso-Administrativa, de los actos del Gobierno, y de los órganos y autoridades que se regulan en la Ley del Gobierno, con remisión a lo dispuesto en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Y es el control jurisdiccional del acto de concesión del indulto el único cauce admisible para realizar el contraste de éste con la legalidad ordinaria.

3.2.1.- Control jurisdiccional de los elementos reglados

El Tribunal Supremo se ha pronunciado, de forma reiterada, sobre la vía para la fiscalización del acto de concesión del indulto en sede contencioso administrativa. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de junio de 2014⁵⁷⁹, refiere hasta una

de motivación); — ya que incide plenamente sobre la labor (de juzgar y ejecutar lo juzgado) de un Poder sometido «únicamente al imperio de la ley» (art. 117.1 CE), de donde cabe inferir que un acto que incida de tal modo en esa función que pueda llegar a anularla totalmente, parece que debe tener una especial consideración en su «valor»: la consideración del mismo valor de la ley a la que —ha de recordarse: «únicamente»— están sometidos los Jueces que dictan la Sentencia y que la aplican, Sentencia que se ve anulada ex post, total o parcialmente, por el RD de indulto (...) En particular, reitero, por la forma que adopta la gracia del indulto, de Real Decreto, que es una forma típicamente reglamentaria. Aprovechando la cita que acabo de hacer en la anterior nota, no obstante, apunto que M Aragón entiende lo mismo (esto es, que tienen fuerza de ley) respecto de los Decretos del Gobierno de convocatoria de referéndum (art. 92.2 CE) y de declaración del estado de excepción (art. 116.2 CE), cuya previa autorización por el Congreso de los Diputados no les hace cambiar de veste” Aguado Renedo, C., “Análisis (estrictamente jurídico) de un indulto conflictivo: el «caso Gómez de Liaño»”, ob. cit., pág. 315

⁵⁷⁹ *“En el mismo sentido se ha manifestado en forma unánime esta Sala en una treintena de sentencias recaídas en los casos de denegación de indultos [Cfr., las de 30 de enero de 2014 (Rec. 407/2012), 9 de mayo de 2013 (Rec. 481/2012), 5 de mayo de 2009 (Rec 570/2008) ó 28 de abril de 2009 (Rec. 487/2008) y las que en ellas se citan]: « El ejercicio del derecho de gracia de indulto ” -dice así la Sentencia de 28 de abril de 2009-se "configura como un acto controlable en vía jurisdiccional, según hemos declarado en reiterada jurisprudencia de esta Sala [...] exclusivamente en lo que a los aspectos formales de tramitación se refiere, puesto que [...] el control que esta jurisdicción contencioso administrativa puede ejercitar sobre el tipo de acto de que aquí se trata se encuentra limitado a los aspectos formales de su elaboración; concretamente, a si se han solicitado los informes que la Ley establece como preceptivos, informes que, por otro lado, no resultan vinculantes. Y ello, puesto que el control jurisdiccional que nos corresponde es el de los elementos reglados en cuanto al procedimiento para solicitar y conceder la gracia de indulto»”*

treintena de sentencias en las cuales se afirma la posibilidad del control del ejercicio del *derecho de gracia*, en sede jurisdiccional, pero limitada a sus aspectos formales.

El Tribunal Constitucional mantiene idéntico criterio en cuanto al límite de la posibilidad de fiscalización del acto de concesión del indulto por la jurisdicción ordinaria y la constitucional: “*el indulto, en cuanto figura del derecho de gracia, corresponde decidirlo al Poder Ejecutivo concediéndolo el Rey, sin que las decisiones que se adopten al efecto sean fiscalizables por los órganos jurisdiccionales, incluyendo el Tribunal Constitucional*”⁵⁸⁰. En el art. 2 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa se encuentra el encaje de la fiscalización del acto del Gobierno, y su restricción a sus elementos reglados: “*El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: a) La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos*”.

De esta forma el control jurisdiccional del acto de otorgamiento de indulto es limitado, y no puede afectar al contenido material de la decisión, sino

⁵⁸⁰ Auto TC 278/1997, de 16 de julio. Igualmente, el Auto TC 360/1990, de 5 de octubre: “*determinadas circunstancias fácticas pueden dar lugar a que, en ocasiones, las penas impuestas como consecuencia de un ilícito pierdan total o parcialmente su significado legal y constitucional. Precisamente para ello existe la figura del indulto que permite compatibilizar las exigencias de la justicia formal con las de la justicia material del caso. Ahora bien, como ya se ha indicado, el indulto, en cuanto figura del derecho de gracia, corresponde decidirlo al Poder Ejecutivo concediéndolo el Rey, sin que esas decisiones sean fiscalizables sustancialmente por parte de los órganos jurisdiccionales, incluyendo este Tribunal Constitucional. Por ello una cosa es la distinta valoración de las circunstancias de un caso que puedan hacer el Gobierno y el afectado, y otra que se estén vulnerando Derechos Fundamentales de quien fue condenado por la realización de un ilícito legalmente tipificado*” (Fundamento Jurídico 5º)

al cumplimiento de los elementos reglados de ésta, establecidos en la Ley de 1870⁵⁸¹. El Tribunal Supremo, justifica tal limitación en cuanto “*La potestad de decidir en cuanto al fondo en la delicadísima misión de templar en ocasiones excepcionales el rigor excesivo de la justicia con apreciación de consideraciones de equidad no es, en cuanto a su procedencia ni a la oportunidad de la decisión, susceptible de un control jurisdiccional ni tampoco de ser sustituida por los Tribunales de justicia. Desde la época romana hasta hoy se ha afirmado, en todos los sistemas, que el perdón o el indulto son libres y se conceden por razones de bondad y de equidad, no por formulismos legales: «Clementia liberum arbitrium habet; non sub formula, sed ex aequo et bono iudicat» (Séneca, De Clementia, II, 7)*”⁵⁸².

⁵⁸¹ “La doctrina general extraída de las decisiones judiciales dictadas en relación con el indulto tras la entrada en vigor de la LJ de 1998, en los términos en que la sintetiza la mencionada resolución, incluye en el ámbito de aplicación del control contencioso-administrativo los aspectos formales, expresión que parece equiparar a los «elementos reglados del procedimiento o de la gracia» (entre los cuales se encontraría — por citar lo así la jurisprudencia— la solicitud, por parte del Ministerio de Justicia, de los informes preceptivos y no vinculantes), mientras que quedarían fuera del mismo los defectos de motivación del indulto y la valoración de los requisitos de carácter sustantivo” Urkola Iriarte, M. J., “¿Gracia vs. Justicia? El control contencioso-administrativo del indulto a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013”, *ob. cit.*, pág. 14

⁵⁸² “En nuestro ordenamiento el ejercicio del derecho de gracia es una excepción singular a la función jurisdiccional penal y, en el Derecho español, hay que atribuir al indulto también ese mismo carácter jurisdiccional. Sin embargo la potestad de indultar no puede atribuirse dogmáticamente a los Tribunales sentenciadores del orden penal, en cuanto están constitucionalmente obligados por principio a aplicar la ley penal y hacer ejecutar lo juzgado. Y, menos aún, puede corresponder a los Tribunales de este orden contencioso-administrativo una intromisión en el ejercicio de la jurisdicción penal, imponiendo excepciones a lo que se ha sentenciado en ese ámbito, como ocurriría en caso de acoger la pretensión que enjuiciamos. La potestad de mitigar la dureza de una condena, en todas las ocasiones en las que ello sea de razón, es atribuida normalmente a los Jefes de Estado, dado que se sitúan en el vértice de todos los poderes en los que se divide la organización democrática de éste y pueden, como auténtica excepción a la cosa juzgada, intervenir mediante un acto extraordinario de perdón o de clemencia. La concesión o denegación de la medida de gracia no es susceptible de ser sustituida en éste orden de jurisdicción, aunque la misma se encuentre sometida a múltiples controles de procedimiento, cuyo cumplimiento sí debe ser sometido a un escrupuloso control jurisdiccional. Conforme a ese esquema legal a los tribunales de este orden contencioso nos corresponde controlar que el ejercicio por el Gobierno de las facultades que le atribuye la expresada Ley se ajuste en forma escrupulosa a todas sus prescripciones, así como a los límites que marca la Constitución, pero no sustituir en cuanto al fondo la decisión de conceder o denegar un indulto, ya sea total o parcial, ni otorgar medidas de gracia o, lo que sería equivalente, reconocer el derecho a que se concedan. No nos es posible intimar al Consejo de Ministros con nuestras resoluciones para que conceda un indulto o para que proponga dicha medida para su concesión al titular de la prerrogativa de gracia. Resulta, en síntesis, de lo expuesto que el control de la prerrogativa de gracia por

El límite de la fiscalización respecto a los elementos reglados, ha tenido una concreción expansiva en la Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo contencioso-administrativo, de 20 de noviembre de 2013, pues si bien considera indisponibles para el juzgador valorar los aspectos sustantivos de la *gracia*, el control de los elementos reglados alcanza también a los requisitos formales que determinen la justificación en la aplicación de los criterios de justicia, equidad y utilidad pública que establece la Ley de 1870.

La Sala, tomando referencia en diferentes pronunciamientos previos, ha establecido que *“en relación con la posibilidad de control de los actos de indulto: a) Que el control jurisdiccional no puede extenderse a los defectos de motivación del indulto. b) Que el control se concreta en los "aspectos formales", esto es, en los elementos reglados" del procedimiento o de "la gracia". c) Que, como elemento reglado, en concreto, se cita por la jurisprudencia la solicitud, en el expediente, de los informes preceptivos y no vinculantes. Y, d) Que el control jurisdiccional no se extiende a la valoración de los "requisitos de carácter sustantivo".* De ellos, no considera el Tribunal que exista un ámbito dable a la arbitrariedad del Gobierno en la concesión del indulto, en la medida que es posible efectuar un control sobre las razones de justicia, equidad o utilidad pública, son advertibles desde elementos objetivos⁵⁸³.

medio del indulto está limitado en lo que corresponde a este orden de jurisdicción contencioso-administrativa al procedimiento de gracia, pero no al resultado de ese mismo procedimiento” Sentencia Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo contencioso-administrativo, de 6 de junio 2014, *ob. cit.*

⁵⁸³ *“Obvio es que el control jurisdiccional no puede extenderse al núcleo esencial de la gracia (decisión de indultar o no indultar), ni a la valoración del contenido de los requisitos formales (esto es, al contenido de los informes reglados a los que se refiere la LI), pero sí a la no concurrencia de arbitrariedad en la concesión, pues tal decisión exige, por disposición legal, la especificación y el conocimiento de las "razones de justicia, equidad o utilidad pública"; especificación a la que ha de llegarse "con pleno conocimiento de los hechos y de todas sus circunstancias, y después de un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir". Esto es, no contamos con ámbito de revisión jurisdiccional respecto de la decisión de indultar, ni podemos adentrarnos en las razones que se contengan en los diversos informes y actuaciones*

Siguiendo a Urkuola Iriarte, “la Sentencia recurre, en este ámbito, al «principio de configuración legislativa asequible» El Pleno estima que el control jurisdiccional de los actos de Gobierno, en este caso de los indultos, ha de circunscribirse a los «límites o requisitos» previamente determinados por el legislador que puedan ser considerados «conceptos judicialmente asequibles». Se trata de una técnica de control de creación jurisprudencial ante la cual también se ha manifestado la divergencia en las posiciones doctrinales. La decisión judicial equipara, en la práctica, tal control al de los elementos reglados de los actos discrecionales. La propia Sentencia analiza elementos reglados previstos por la LI ante alegaciones de infracción, de diverso calado, planteadas por los recurrentes acerca de dos actos integrantes del iter procedimental previo a la decisión de concesión del indulto, sin que la postura unánime de los integrantes del Pleno deduzca la existencia de irregularidad invalidante alguna”⁵⁸⁴.

que consten en el expediente, pues nuestro ámbito llega, como hemos expresado, al control de la concurrencia de los elementos preceptivos, sin poder discutir sus respectivos contenidos. Pero sí debemos enjuiciar si las "razones de justicia, equidad o utilidad pública" -que necesariamente deben de constar en el Acuerdo y que pueden responder a muy distintas causas (que pueden ir desde las de carácter penitenciario o social a las de carácter personal o familiar)-, cuentan con apoyo real reconocible en los elementos reglados o formales que componen el expediente. Dicho de otra forma, entre la decisión de indultar (en modo alguno revisable jurisdiccionalmente) y la especificación de las "razones de justicia, equidad o utilidad pública" (legalmente exigibles), se nos presenta un espacio, jurisdiccionalmente "asequible", por el que debe transitarse con los instrumentos de la lógica jurídica” Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013, ob. cit., pág. 2913

⁵⁸⁴ Urkuola Iriarte, M. J., “¿Gracia vs. Justicia? El control contencioso-administrativo del indulto a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013”, ob. cit., pág. 2916

3.2.2.- La motivación del acto de concesión del indulto

Como antes indicábamos, el textual de la Ley de indulto de 1870, anterior a la modificación operada por Ley 1/1988, de 14 de enero, preveía en su art. 30 que: *“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”*. En la modificación del año 1988 –art. 3.3- se establece que: *“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»*”. Tal modificación determinó que el textual vigente del art. 30, Ley de 1870, tenga la siguiente dicción: *“La concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en Real Decreto que se insertará en el Boletín Oficial del Estado”*.

La aparente inocuidad de la reforma de la Ley del indulto realizada en el año 1988, determinaba sin embargo, una alteración sustancial de uno de los principales elementos de validez de los actos emanados de los poderes públicos: la motivación⁵⁸⁵, exigencia que dimana del art. 9.3 CE en tanto

⁵⁸⁵ Modificación que se introduce con ocasión de la tramitación de una proposición de ley del C.D.S., destinada a agilizar la tramitación de las solicitudes de indulto cursadas al amparo del párrafo segundo del art. 2 del Código Penal y que daría lugar a la Ley 1/1988, de 14 de enero. Se trataba de una reforma de orden procedimental y, por tanto, en apariencia, de escaso interés, que introdujo, por vía de enmienda, la modificación del art. 30 de la Ley de Indulto de 1870. Respecto a ésta, Requejo Pagés dice: *“Entre las diversas enmiendas presentadas durante la tramitación de la reforma de la Ley de Indulto se entreveró una -la núm. 6, auspiciada por el Grupo Socialista- al art. 30, con la que se pretendía «sustituir los términos "Gaceta" por "Boletín Oficial del Estado", y "Decreto motivado y acordado en Consejo de Ministros" por "Real Decreto"»*⁸⁶. La motivación de la propuesta era la que sigue: *«Adaptación de terminología»; esto es, entre el adjetivo que precede a "Decreto" en la versión propuesta y los que le siguen en la sometida a reforma no había, para los socialistas, ninguna diferencia de sustancia, y suplir éstos por aquél sólo suponía remozar las formas de la Ley con arreglo a la terminología monárquica -de la que el Grupo Socialista se erigió, como no podía ser menos, en solícito guardián. No sé, como antes dije, si esto respondía a la astucia o a la inadvertencia. Lo fuera a la una o a la otra, lo cierto es que de alguna de ellas padecieron también los demás Diputados, pues la propuesta fue aceptada sin discusión. Así, de manera que me atrevería a calificar de clandestina -pero, visto el resultado, no de torpe si, como cabe deducir de*

su ausencia conduce a la arbitrariedad. Para Pérez Francesch, *“sin duda uno de los principios constitucionales que deben regir la concesión de indultos y que adquiere, por su importancia, una entidad propia es la necesidad de motivación. El art. 9.3 CE al garantizar la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos prohíbe los actos arbitrarios, que no los discrecionales. La capacidad de motivar es lo que diferencia un acto arbitrario de uno discrecional y en consecuencia discrecionalidad no es sinónimo de no motivación, lo que nos lleva a afirmar que la no motivación de un indulto no supone el ejercicio de una facultad discrecional sino la enunciación de un acto arbitrario, constitucionalmente vedado”*⁵⁸⁶.

La motivación no es solo una exigencia de los actos administrativos. Debe concurrir en todos los actos de los poderes públicos y la suficiencia de tal motivación, siguiendo a Tardío Pato *“no sólo requiere la aportación de una simple exteriorización de motivos con argumentos, sino que esos motivos y argumentos deben ser coherentes y solventes, y se debe exigir que el control del cumplimiento del requisito de la citada motivación incida sobre ambos aspectos y no que se contente con la mera aportación de una apariencia de la misma, de una pseudoargumentación. Y en tal sentido debe entenderse la exigencia de suficiencia de tal motivación”*⁵⁸⁷.

la vigencia continuada de la Ley 1/1988, tal era lo que a la postre se perseguía-, se terminó con casi 120 años de indultos motivados y se volvía -y en ellas seguimos- a las maneras propias de los tiempos de la real gana” Requejo Pagés, J.L., *“Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español”*, *ob. cit.*, pág. 104

⁵⁸⁶ Pérez Francesch, J.L., *“El indulto como acto del gobierno: una perspectiva constitucional. (Especial análisis del caso Liaño)”*, *ob. cit.*, pág. 35

⁵⁸⁷ *“Podemos distinguir en la fundamentación o motivación (que en este sentido podrían considerarse como términos sinónimos) entre un aspecto sustancial o material y un aspecto formal (J.A. TARDÍO PATO, 2006, pág. 162). El aspecto material consiste en que las resoluciones adoptadas posean una justificación interna, fruto de una argumentación previa que posea un mínimo de calidad (considerable o respetable, en términos de la STS de 13 de julio de 1984 –RJ 1984/4673, FJ 13–), aunque todavía no se haya exteriorizado formalmente. Y el aspecto formal es la exteriorización (normalmente por escrito) de dicha justificación o argumentación efectuada con las características destacadas. El aspecto sustancial suele calificarse como fundamentación objetiva y el aspecto formal o de exteriorización como motivación. Pero,*

Precisamente la ausencia de motivación del indulto ocupó el lugar central de la controversia planteada al Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Tal cuestión había sido objeto de pronunciamientos del Tribunal Supremo, *V. gr.*, Sentencia de 2 de diciembre de 2005⁵⁸⁸. Sin embargo, el Tribunal no consideraba la motivación del acuerdo como una exigencia en las decisiones relativas al ejercicio del *derecho de gracia* por cuanto su naturaleza dispar respecto al acto administrativo excluía como requisito su motivación⁵⁸⁹.

en realidad, los dos aspectos están íntimamente entrelazados y pueden considerarse inescindibles, porque sin exteriorización difícilmente se va a poder verificar la existencia de una fundamentación objetiva y porque sólo desde un formalismo absurdo se va a poder admitir como cumplimiento de la exigencia de motivación o fundamentación de los actos en general de los poderes públicos la mera exteriorización de una argumentación incoherente y contradictoria y que no cumpla los demás requisitos citados. Por eso, cabe afirmar que la motivación suficiente en sentido propio de tales actos no sólo requiere la aportación de una simple exteriorización de motivos con argumentos, sino que esos motivos y argumentos deben ser coherentes y solventes, y se debe exigir que el control del cumplimiento del requisito de la citada motivación incida sobre ambos aspectos y no que se contente con la mera aportación de una apariencia de la misma, de una pseudoargumentación. Y en tal sentido debe entenderse la exigencia de suficiencia de tal motivación” Tardío Pato, J.A., “Los Principios Generales del Derecho. Su aplicación efectiva como normas jurídicas”, Ed. Bosch, 2011, pág. 260, nota 807

⁵⁸⁸ “La regulación legal del indulto está recogida en la Ley de 18 de junio de 1870, modificada por la Ley 1/1988, de 14 de enero. Su exposición de motivos precisa bien su alcance y subraya, ya que se refiere solamente a los indultos particulares, la importancia que han de tener a los efectos de la decisión que deba adoptar el Consejo de Ministros, hechos y circunstancias del caso concreto, sobre los que debe extenderse la motivación que ha de contener el Real Decreto en que se manifieste. Motivación que deberá contemplar, especialmente, las consecuencias que haya de producir bajo el aspecto de la justicia, de la equidad y de la conveniencia social, pues son extremos cuyo estudio impone la Ley. Por tanto, el indulto comporta una decisión circunscrita a un supuesto específico: el del reo al que se refiere, ya lo haya solicitado él o sean otros quienes lo hayan pedido en su nombre”

⁵⁸⁹ Sentencia Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, de 24 de septiembre de 2010: “En primer lugar y en lo que atañe a la falta de motivación del acuerdo, que se denuncia en la demanda, basta hacer referencia a la constante jurisprudencia de esta Sala, que se plasma en la sentencia de 23 de enero de 2008, entre las más recientes, en la que se indica que “esta Sala ha declarado en sentencia de 16 de enero de 2.008 que, como se recoge en Sentencia de 12 de diciembre de 2.007, existe una línea jurisprudencial reiterada, y que se recuerda, a título de ejemplo, en Sentencias de 27 de mayo de 2.003, 16 de febrero de 2.005 y 11 de enero de 2.006, conforme a la cual el ejercicio del derecho de gracia de indulto aparece regulado en la Ley de 18 de junio de 1.870, modificada por la Ley 1/1.988 de 14 de enero, que lo configura como un acto controlable en vía jurisdiccional, según hemos declarado en reiterada jurisprudencia de esta Sala de la que es ejemplo la sentencia de 3 de junio de 2.004, exclusivamente en lo que a los aspectos formales de tramitación se refiere, puesto que, como ya declaramos en sentencia de 21 de mayo de 2.001, el control que esta jurisdicción contencioso administrativa puede ejercitar sobre el tipo de acto de que aquí se trata se encuentra limitado a los aspectos formales de su elaboración; concretamente, a si se han solicitado los informes que la Ley establece como preceptivos, informes que,

En el asunto sometido al Tribunal Supremo que resuelve la Sentencia de 20 de noviembre de 2013 el Gobierno no había especificado, en el Decreto de concesión, las razones de justicia, equidad o utilidad pública por las que otorgaba el indulto, si bien tal obligación desapareció de la Ley con la reforma del 1988. La citada Sentencia, reiterando la inaplicación de los requisitos de los actos administrativos que establece la Ley 30/1992, en particular, la motivación –incidiendo con ello en la no exigibilidad de la misma en las decisiones que adopte el Gobierno sobre el *derecho de gracia*-, pasa a indicar que “(...) *no es menos cierto que por la misma ley de indulto se exige que del acuerdo de indulto se desprendan las razones de justicia, equidad o utilidad pública a las que, de forma expresa se refiere en su art. 11; razones a las que también alude su exposición de motivos cuando señala que al concesión del indulto ha de llevarse a cabo con pleno conocimiento de los hechos y de todas sus circunstancias, y después de un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir, bajo el aspecto de la justicia, la equidad o la conveniencia social*”.

Concluye el Tribunal Supremo exigiendo del Gobierno que del Decreto de concesión de indulto se desprendan, expresamente, las circunstancias de justicia, equidad o utilidad pública que le han llevado a otorgar la *gracia*

por otro lado, no resultan vinculantes. Y ello, puesto que el control jurisdiccional que nos corresponde es el de los elementos reglados en cuanto al procedimiento para solicitar y conceder la gracia de indulto regulado en los artículos 19 a 32 de la Ley de Indulto No resultan, en definitiva, como venimos reiteradamente recordando, de aplicación al caso los requisitos que para los auténticos actos administrativos establece la Ley 30/1992, y entre ellos, y fundamentalmente, el de la motivación, que no es exigible en las decisiones que sobre el ejercicio del derecho de gracia se adopten por el Gobierno...”. Tal jurisprudencia se apoya en la naturaleza del acto en cuestión, pues, como indican reiteradas sentencias, caso de la de 16 de febrero de 2005, "el acuerdo denegatorio de la concesión de indulto constituye un acto graciable, como categoría distinta de los actos discrecionales y controlable exclusivamente en cuanto a sus elementos reglados por esta Sala", afirmando la sentencia de 27 de mayo de 2003, recogida por la 10 de octubre de 2007, que "el control que nos corresponde hacer del acto del Gobierno que se somete a nuestra consideración es el de sus elementos reglados, que en este caso son los que se contienen en el capítulo III de la Ley de 18 de junio de 1.870, en la redacción dada por la Ley 1 de 1.988, de 14 de enero, y que regula el procedimiento para solicitar y conceder la gracia de indulto, artículos 19 a 32 de la Ley”

al supuesto concreto *“Si el legislador ha establecido la obligación de seguir un procedimiento para la concesión o denegación de los indultos, que ha de materializarse y documentarse en un expediente administrativo, y si el legislador exige que consten siempre razones que le motiven a ejercer la prerrogativa constitucional, obvio es que el legislador ha pretendido que de esa tramitación documentada se desprendan las tan citadas razones de justicia, equidad o utilidad pública, legalmente exigibles, pues, de otra forma, la inutilidad del expediente de indulto resultaría clamorosa”*, por la aplicación del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos del art. 9.3 CE.

El término utilizado por el Tribunal Supremo “desprender” -diferenciado de “motivar”- pasa, no obstante, a adquirir su verdadero contenido en los posteriores pronunciamientos del mismo Tribunal. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2014, interpretando la anterior de 20 de noviembre de 2013, considera que no es aplicable la exigencia de una motivación formal en los casos de denegación de indulto, pero afirma que el alcance de su previa Sentencia de 20 de noviembre de 2013 determina la exigencia de dicha motivación formal en las medidas de concesión del indulto: *“Es cierto que dicha sentencia ha declarado la pertinencia de controlar, en los casos de ejercicio positivo de la facultad de indulto, la necesidad de motivación formal de las medidas de concesión del indulto. Sin embargo ese criterio no se extiende a los casos de denegación de las medidas de gracia. Así lo ha declarado esta Sala y Sección en la citada sentencia de 30 de enero de 2014 cuya doctrina se confirma también en este extremo”*⁵⁹⁰.

⁵⁹⁰ *“La queja de ausencia de motivación se refiere a la inexistencia de una motivación formal de la decisión y, así, se aduce que no hay constancia en el expediente de que se haya discutido la cuestión en el Consejo de Ministros. Aparte de que ese alegato aparece contradicho por los datos que obran en el expediente, y que hemos declarado probados en el FJ 2º, apartado 7, la queja debe ser examinada teniendo en cuenta*

En este particular, la modificación de la Ley de indulto de 1870 operada en 1988, no puede significar, sin más, la inexistencia de una motivación del acto de concesión. Que la ley haya dejado de establecer expresamente tal exigencia en su art. 30 no puede implicar que ésta deje de ser un requisito de la decisión sobre la concesión o denegación de la *gracia* pues no deja de ser un acto del poder público. La interpretación de las normas jurídicas debe hacerse siempre a la luz de la Constitución, por lo que la omisión en ley reguladora del requisito de la motivación –antes expreso– no implica que la motivación haya sido excluida expresamente del acto, si bien ya no se presenta como requisito explícito en la ley, sino implícito en tanto es un acto de los poderes públicos⁵⁹¹.

la comparación de este caso con lo resuelto en la citada sentencia del Pleno de esta Sala de 20 de noviembre de 2013. Es cierto que dicha sentencia ha declarado la pertinencia de controlar, en los casos de ejercicio positivo de la facultad de indulto, la necesidad de motivación formal de las medidas de concesión del indulto. Sin embargo ese criterio no se extiende a los casos de denegación de las medidas de gracia. Así lo ha declarado esta Sala y Sección en la citada sentencia de 30 de enero de 2014 (Rec. 407/2012) cuya doctrina se confirma también en este extremo. La referencia que se hace en la demanda al artículo 30 de la Ley de 18 de junio de 1870, reformado por la Ley 1/1988, sobre las exigencias de motivación de las medidas de indulto no resulta aplicable a este caso. El artículo citado se refiere únicamente a los supuestos de concesión de los indultos, que se ha de efectuar formalmente mediante un Real Decreto que se inserta en el Boletín Oficial del Estado. Lo que se enjuicia en este caso es la denegación del indulto que no requiere esa formalidad, ni la existencia de una motivación formal, conforme a la redacción originaria y a la actual de la Ley de indulto de 1870 Como se dijo en la citada sentencia de 30 de enero de 2014, en los supuestos de concesión de indulto existe la oposición por la medida de gracia a lo dispuesto en una sentencia firme e irrevocable, lo que justifica que se deban respetar límites que no juegan ante la denegación de las mismas medidas de gracia, para las que nunca se exigió en la Ley de Indulto de 1870 una motivación. No existe tampoco, desde esta perspectiva, vulneración alguna del artículo 9.3 de la Norma Fundamental” Sentencia Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, de 6 de junio de 2014

⁵⁹¹ “Los argumentos en pro de la exigencia de motivación son, en mi opinión, abrumadores y frente a ellos poco o nada significa el alegato formalista de que a los Decretos de indulto, en tanto que actos políticos, no les es de aplicación la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ya que ésta se refiere sólo a los actos administrativos. Es éste un argumento de ínfima calidad porque de la supuesta naturaleza política de una decisión del Gobierno no se sigue en absoluto que éste pueda adoptarla de cualquier manera, prescindiendo de las reglas de procedimiento comunes a cualquier tipo de actividad. Tiene razón el Sr. DÍEZ-PICAZO cuando afirma en su voto particular que «está fuera de duda» que el artículo 54.1.c) de la referida Ley es aplicable al Consejo de Ministros cuando se aparta del criterio expresado por los órganos a los que la Ley encomienda la tarea de informarle. ¿Para qué si no se exigen tales informes? La obligación de motivar, esto es, de justificar la decisión de indultar, no necesita, por lo demás, del apoyo de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, para sostenerse, porque esa obligación resulta sin más de la propia Constitución y, en

El art. 30 de la Ley de indulto de 1870, no excluye la motivación. No hay un mandato del legislador ordinario dirigido a evitar, taxativamente, que la decisión sobre la *gracia* sea motivada. No lo hay porque caso de existir, tal previsión sería inconstitucional, en tanto se determinaría una colisión con el principio de interdicción de la arbitrariedad, al cual está ordenada la necesidad de motivación de los actos de los poderes públicos. Y, desde este planteamiento, la interpretación de la modificación del art. 30 de la Ley de 1870, no puede llevar a la aceptación del indulto como un acto no motivado por la mera voluntad del legislador ordinario⁵⁹².

concreto, de la prohibición a todos los poderes públicos del comportamiento arbitrario que el artículo 9.3, in fine, de la misma contiene” Fernández Rodríguez, T.R., “Sobre el control jurisdiccional de los Decretos de indulto”, *Revista de Administración Pública*, núm. 194, mayo-agosto, Madrid, 2014, pág. 218

⁵⁹² Díez Sánchez mantiene el criterio contrario, pues estima inexigible la motivación formal del indulto: “No está de más recordar que la motivación no se exige en todos los actos administrativos, sin que ello comporte exoneración del posible control judicial según doctrina del TC. Ese es el caso de la denegación de visados ex art. 27.5 de la LO 8/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, que la STC 236/2007, de 7 de noviembre, estima constitucional. Para dicha STC FJ 12º, sólo podría sostenerse la inconstitucionalidad si la norma hubiera impedido el control jurisdiccional de estos actos administrativos basándose en su carácter potestativo o discrecional, pues «con dicha fundamentación se niega la proyección que en este ámbito tiene la propia interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que proclama el art. 9.3» como ya dijera la STC 163/2002, de 16 de septiembre, FJ 5, y reitera la STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 11). Pero no es así, con lo cual «la Administración deberá estar en todo momento en condiciones de explicar que no ha ejercido de forma arbitraria sus facultades discrecionales» (53). Sin entrar a discutir esta doctrina, que nos parece en exceso formalista, pues no se alcanza a comprender el porqué de la distinción, es suficiente con preguntarse si eso mismo, en su caso, no cabía exigir en los actos de indulto, pudiendo el Gobierno estar en todo momento en condiciones de explicar que no ha ejercitado de forma arbitraria sus facultades de gracia. Parece obvio que sí, sin necesidad pues de exigir motivación formal. Tampoco sobra reiterar en lo que nos ocupa, que resulta evidente más allá de las interpretaciones que merezca aquella reforma de la LI e incluso el mantenimiento de su preámbulo, que nunca el legislador de 1870 (ni el de 1988) pensó en las razones como fórmula para ser posteriormente enjuiciada por los tribunales conforme se pretende, sino por el tribunal sentenciador en los casos que así previene ley, y a lo sumo que las mismas pudieran servir como medida susceptible de juicios sociales o políticos. Idea esta última en la que probablemente encuentra sentido la reforma de 1988 que, con independencia de las posibles interpretaciones que quepa, no hace sino dar carta de naturaleza a lo que siempre se había hecho, a pesar de lo que expresamente exigía aquel precepto. El argumento de la motivación sustentando en la exposición de motivos es, por ello y a nuestro juicio, el menos razonable de todos y el más endeble, tanto por el valor de los exordios, como por la propia finalidad de la reforma. Más razonable pareciera ser, en ese supuesto, la invocación del art. 9.3 CE en tanto prohibiría la falta de sustento o fundamento jurídico de las conductas de los poderes públicos, incluyendo el caso del derecho de gracia a pesar de la máxima discrecionalidad que se le atribuye al Gobierno, y con mayor razón tomando en cuenta el entendimiento que la sentencia hará de lo que es actuación arbitraria” Díez Sánchez, J.J., “El indulto ante la justicia administrativa”, *RVAP*, núm. 99-100, mayo-diciembre, 2014, págs. 1199 Y 1200

Aguado Renedo se muestra especialmente crítico, pues considera que la ausencia de motivación del acto de otorgamiento de la *gracia* del indulto no puede conciliarse con los principios constitucionales, respaldando así la tesis expuesta sobre la ineludible exigencia de motivación del acto de otorgamiento del indulto: “(...) Así, es hoy derecho positivo en el ámbito administrativo, en el que la motivación constituye una exigencia legalmente ineludible para los actos «...que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales...» (art. 54A.e) LRJ-PAC). La LI preveía desde el principio, es decir, desde 1870, esta exigencia de motivación del RD de indulto en su art. 30, y ha estado vigente durante un siglo largo hasta que el legislador de nuestro actual régimen democrático la suprimió en la única reforma a la que dicha Ley se ha visto sometida, en 1988. Pero tal omisión, que en ausencia de Constitución o al menos de Constitución verdaderamente normativa, podría entenderse válida, no puede concebirse así vigente un texto constitucional que rige, por ello mismo, un verdadero Estado constitucional de Derecho, Estado que viene caracterizado, en mayor y más importante medida aún que por la división de poderes, por la imposibilidad de poderes ilimitados o absolutos; máxime cuando *expressis verbis* dispone dicho texto constitucional el inciso referido a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. En definitiva, pues, dejando ahora de lado otras consideraciones respecto de la constitucionalidad, o no, del actual art. 30 LI, la ausencia del requisito de motivación no puede concebirse como cobertura posible de actos de gracia desprovistos de la más mínima fundamentación”⁵⁹³.

⁵⁹³“La CE especifica como principio (esto es, convierte en derecho constitucional positivo) el de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3). La diferencia entre arbitrariedad y discrecionalidad se ha hecho descansar en la motivación o justificación (...), hasta el punto de concebirse que eso va de suyo. Entiendo, sin embargo, que cabría considerar que puede entenderse vigente una presunción favorable a la actuación correcta (id est, no arbitraria) de los poderes públicos... aun sin motivación. Ahora bien, aun admitiendo esta presunción, no puede haber duda de que la misma debe quedar absolutamente enervada cuando el acto de que se trata tiene el carácter que tiene la gracia, que

Incluso a tal consecuencia puede llegarse desde la vigencia del Decreto del Ministerio de Justicia, de 22 de abril 1938, publicado en el BOE de 24 de abril, en el que se prevé, en su art. 4, que *“El otorgamiento de indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en Decreto Motivado, previa deliberación de Consejo de Ministros, a propuesta del de Justicia. Dichos Decretos se insertarán en el Boletín Oficial del Estado”*. El textual de dicho Decreto, no contradice el art. 30 de la Ley de 1870 –en la redacción dada tras la reforma operada por la Ley 1/1988–: *“La concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en Real Decreto que se insertará en el Boletín Oficial del Estado”*. No lo contradice, porque el art. 30 de la Ley, no exige que el Real Decreto de otorgamiento de indulto no sea motivado, sin que pueda entenderse que el Decreto de 1938 exceda lo previsto por la Ley, ni que contradiga norma superior.

Debemos pues concluir que la motivación del acto del Gobierno respecto a la concesión del indulto no es un requisito susceptible de ser eximido por el legislador ordinario, ni que su omisión determine tal exención, por lo que el sentido del art. 30 de la Ley de indulto de 1870 no puede tener como interpretación válida la exención expresa de motivación del acto. La ausencia de toda referencia a la motivación se debería entender como que

es de interferencia en la labor de juzgar y, sobre todo, más normalmente en nuestro sistema (y en el supuesto concreto objeto aquí de nuestra atención), de interferencia en la labor de ejecutar lo juzgado; esto es, expuesto de otro modo, cuando el acto de un órgano público contradice otro emanado por otro órgano distinto, y no un órgano cualquiera, sino un órgano jurisdiccional. En este caso, sin negar un notable margen de maniobra para beneficiar a los sujetos de las consecuencias desfavorables impuestas por los Tribunales resulta, más que necesaria, imprescindible la motivación de tal decisión: como se ha dicho en tan afortunados como expresivos términos, que el Estado perdone como un particular no cabe en un Estado de Derecho. Cosa distinta será la solidez o la extensión de la motivación, pero el indulto demanda en todo caso una fundamentación que, en definitiva, impida considerarlo como un acto arbitrario y, por ende, prohibido por la CE, pues la diferencia entre la arbitrariedad y la discrecionalidad estriba en la justificación, y ésta se revela en la motivación” Aguado Renedo, C., *“Análisis (estrictamente jurídico) de un indulto conflictivo: el «caso Gómez de Liaño»”*, ob. cit., pág. 313

ésta está implícita en el acto del Gobierno, por imperativo del art. 9.3 de la Constitución, que prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos.

3.3.- La participación del Rey

Del textual del art. 62.i) CE se desprende la taxativa exigencia respecto a la participación del Rey en el ejercicio del indulto. El art. 30 de la Ley de 1870, por su parte, prevé que el otorgamiento del indulto se efectuará mediante Real Decreto. Como hemos indicado, tal Real Decreto debe ser acordado por el Consejo de Ministros según la Ley del Gobierno.

El Rey por tanto, restringe su participación en el indulto a la intervención en la expedición del Real Decreto –según prevé el art. 62. f) CE–, pero la formalización de éste, advierte, no sólo de tal expedición por el Rey, sino que también ficciona la participación del Rey en el Acuerdo en sí mismo. Se sigue en este particular, lo ya previsto en el Decreto del Ministerio de Justicia, de 22 de abril 1938, publicado en el BOE de 24 de abril, en el que se prevé, en su art. 4, que *“El otorgamiento de indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en Decreto Motivado, previa deliberación de Consejo de Ministros, a propuesta del de Justicia. Dichos Decretos se insertarán en el Boletín Oficial del Estado”*.

El otorgamiento no es un acto del Consejo de Ministros, ni tampoco del Ministro de Justicia. El Consejo de Ministros, según el citado Decreto, es el órgano colegiado que debe deliberar sobre el otorgamiento del indulto, y el Ministro de Justicia es quien propone al Ejecutivo su concesión. Pero la materialización del indulto, el otorgamiento en sí mismo, no reviste la

forma de un Acuerdo del Consejo de Ministros, sino del Rey. El Consejo de Ministros, tiene una función procedimental, a la vista del Decreto que se cita, y no determina expresamente que la concesión del indulto sea la decisión de éste; se limita a exigir la previa deliberación de la propuesta del Ministro de Justicia.

Sin embargo, la deliberación que necesariamente debe producirse en el seno del Consejo de Ministros tiene obviamente una naturaleza decisoria, pues el resultado de la deliberación es la decisión. No puede sostenerse que la deliberación –entendida como la toma de posición del Ejecutivo en el seno del órgano colegiado–, no determine una decisión, pues la misma está implícita en el proceso de deliberación. La ficción formal sobre una decisión del Rey, en realidad, es la plasmación de la decisión adoptada por el Consejo de Ministros.

Dicho Decreto establece también que la propuesta del otorgamiento del indulto corresponde al Ministro de Justicia, determinando con ello cual es al Ministro competente por razón de la materia. Dicha competencia es la que va a determinar el titular del refrendo del acto del Rey, según así prevé la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en sus arts. 2 y 4. El art. 2.2, h) establece que corresponde al Presidente del Gobierno, *“Refrendar, en su caso, los actos del Rey y someterle, para su sanción, las leyes y demás normas con rango de ley, de acuerdo con lo establecido en los artículos 64 y 91 de la Constitución”*. Por su parte, el art. 4.1, d), de la ley prevé que corresponde a los Ministros el ejercicio de la función de *“Refrendar, en su caso, los actos del Rey en materia de su competencia”*.

Se plantea así la cuestión sobre si el refrendo del acto del Rey al otorgar el indulto, corresponde al Ministro titular de Justicia, o bien al Presidente

del Gobierno. El art. 2.2, h) determina una competencia general sobre los actos del Rey a favor del Presidente del Gobierno como refrendante, que no hace sino explicitar lo ya dispuesto en el art. 64.1 CE: “*Los actos del Rey serán refrendados por el Presidente del Gobierno y, en su caso, por los Ministros competentes*”. Sin entrar en consideraciones sobre el uso de la copulativa “y” –que podría entenderse como la necesidad de refrendo conjunto del Presidente y del Ministro competente-, lo bien cierto es que la regla general para el refrendo de los actos del Rey se residencia en el Presidente del Gobierno.

El refrendo del Presidente del Gobierno incluye los acuerdos adoptados por el Consejo de ministros como órgano colegiado, pues en las facultades de representación del Gobierno que éste ostenta en virtud del art. 2.2, a), de la Ley del Gobierno, se incluiría la de manifestar la voluntad expresada por el Consejo de Ministros en sus acuerdos, a efecto de refrendar todo acto del Rey que sea materialización de la decisión conjunta del Ejecutivo, cohonstando el principio general de refrendo que establece el art. 64.1 CE y 2.2. h), Ley del Gobierno, con la naturaleza colegiada del acuerdo.

Sin embargo el supuesto específico que contempla el art. 4.1, d) de la Ley del Gobierno, admite la posibilidad de que, advertida la competencia del Ministro de Justicia para la “propuesta” de indulto, sea ésta la que, por aplicación del principio de especialidad, determine la titularidad para el refrendo del Acto del Rey. La falta de taxatividad sobre la efectiva decisión del otorgamiento del indulto “*previa deliberación de Consejo de Ministros, a propuesta del de Justicia*”, admite que la atribución de las competencias sobre el indulto –expresamente determinadas por la Ley de 1870-, pueda operar como título en la determinación del órgano refrendante, esto es, en el Ministro de Justicia.

De esta forma, el refrendo al Rey se puede atribuir al Ministro de Justicia sin necesidad de una interpretación forzada de la Ley del Gobierno, y ello en coherencia con lo previsto en el art. 64.1 CE –que permite que dicho refrendo lo asuma el Ministro competente-, y en la Ley de indulto de 1870 al determinar las competencias del titular de Justicia. Al efecto, pasamos a transcribir un modelo de Real Decreto de concesión de indulto, el cual utiliza la fórmula “a propuesta del Ministro de Justicia, previa deliberación del Consejo de Ministros”, la decisión formalmente atribuida al Rey “vengo a conmutar” y el refrendo del Ministro de Justicia:

“Real Decreto , de de, por el que se indulta a don

Visto el expediente de indulto de don, condenado por la Audiencia Provincial de sección, en sentencia de, como autor de un delito a la pena de de prisión, por hechos cometidos en el año 2007, en el que se han considerado los informes del Tribunal sentenciador y del Ministerio Fiscal, estimando que, atendiendo a las circunstancias del condenado y de acuerdo a la información que obra en el citado expediente, concurren razones de justicia y equidad, a propuesta del Ministro de Justicia y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día de 2015, Vengo en conmutar a don la pena privativa de libertad impuesta por otra de, a condición de que no vuelva a cometer delito doloso en el plazo de tres años desde la publicación del real decreto.

Dado en Madrid, el de de 2015

El Ministro de Justicia

FELIPE R.”

4.- Naturaleza jurídica del acto de otorgamiento de indulto

La naturaleza jurídica del acto del Gobierno que otorga el indulto ha sido objeto de constante reflexión doctrinal y jurisprudencial. La posibilidad de encuadrar al indulto como acto administrativo o acto político, como acto discrecional o acto graciable, lleva consigo una construcción teórico jurídica sobre la determinación de la naturaleza jurídica de cada una de las tipologías citadas, para poder establecer los elementos que configuran a cada una de ellas y, desde éstos, llegar a afirmar o excluir su identidad con los elementos que configuran el acto de otorgamiento del indulto.

4.1.- El indulto: ¿acto administrativo o acto político?

La definición de acto administrativo ha sido el objeto de estudio de toda la doctrina administrativista, desde el S. XIX. No existe un concepto que se afirme como admitido y unánime, y se suele determinar desde aquellos elementos que lo caracterizan e identifican. Así, para Tardío Pato⁵⁹⁴ el acto administrativo *“es un acto jurídico, en sentido estricto, consistente en una declaración intelectual de voluntad, juicio, deseo o conocimiento, emitido por una Administración pública en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria y sometido al Derecho administrativo y a la jurisdicción contencioso-administrativa”*. Definición que explicita los caracteres del acto administrativo, respecto a su origen,

⁵⁹⁴ Tardío Pato, J.A., “Lecciones de Derecho Administrativo (Acto administrativo, procedimiento y recursos administrativos y contencioso-administrativos)”, Ed. Club Universitario, 2012, págs.16 y 17

ejercicio de una potestad pública y su control-fiscalización, que comparte en lo sustancial la definición clásica de García de Enterría⁵⁹⁵.

Siguiendo a Rodríguez-Arana⁵⁹⁶, en su estudio de la doctrina del Tribunal Supremo sobre el acto administrativo, el Alto Tribunal tiene un concepto más restringido del acto administrativo y lo define como “*manifestaciones de voluntad procedentes de órganos administrativos que crean situaciones de derecho subjetivo. Este tipo de actos son las llamadas resoluciones que constituyen el acto tipo que concluyen el procedimiento administrativo*” (Sentencia de 14 de diciembre 1964), “*acto jurídico emanado de un órgano administrativo en manifestación de voluntad creadora de una situación jurídica (...) de esta concepción hay que excluir aquellas declaraciones o manifestaciones que aunque provengan de órganos administrativos, no son creadoras o modificadoras de situaciones jurídicas, es decir, las que carezcan de efectos imperativos o decisorios*” (Sentencia de 7 de mayo de 1979), “*aquellos actos jurídicos realizados por una Administración con arreglo al Derecho Administrativo, por lo que han de emanar de un ente*

⁵⁹⁵ Eduardo García de Enterría define el acto administrativo como “*la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta a la potestad reglamentaria*” García de Enterría, E., “Curso de Derecho Administrativo”, volumen 2, Ed. Civitas, 1983, pág. 587

⁵⁹⁶ “*Otras Sentencias inciden en su carácter esencialista como la de 3 de abril de 1990, en la que se afirma que los actos administrativos no dependen de la denominación que se les dé sino de su naturaleza y características y de las consecuencias que se deriven de su contenido, de forma y manera que, según esta tesis, la clave para saber si nos encontramos en presencia o no de un acto administrativo estará en si su autor es un ente público, si opera en el marco de poderes públicos y si estamos ante una actuación dictada al servicio objetivo del interés general. En este sentido, el Tribunal Supremo, partiendo de una concepción objetiva y finalista ha sentado en su sentencia de 24 de septiembre de 1999 que lo relevante “no es que quien directamente la realice merezca formalmente la consideración de Administración pública, sino que las consecuencias jurídicas de esa conducta sean directamente imputables o referibles a un Ente público y esto sucede, tanto cuando aquella conducta es directamente realizada por órganos administrativos como cuando lo desarrolla una persona jurídica privada que actúa de delegado, representante, agente o mandatario de una persona pública*”. Rodríguez-Arana, J., “Derecho Administrativo Español”, Tomo II, Ed. Netbiblo, 2009, págs. 6 y ss.

público comprendido dentro de la Administración y cuando actúa investido de imperium y en ejercicio de sus prerrogativas” (Sentencia 3 abril 2000).

Prima facie el acto de concesión de un indulto comparte los elementos del acto administrativo. En cuanto al sujeto, emana de un poder público el cual ostenta la competencia para su emisión. Respecto a su objeto, este es la declaración intelectual contenida en el acto que resulta conforme al ordenamiento jurídico, de carácter determinado, de contenido posible. El fin del acto es el interés público –satisfacción de los intereses generales– en la medida que el indulto está ordenado a la utilidad pública según su ley reguladora. La forma de producción se somete a un procedimiento el cual está determinado por norma con rango de ley, y se manifiesta en el acto de concesión del indulto, mediante Real Decreto. Por último, el acto es susceptible de ser fiscalizado –en sus elementos formales– por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa⁵⁹⁷.

Para el Tribunal Supremo, el indulto no es un acto administrativo, ni se somete al procedimiento de la Ley 30/1992, 26 de noviembre, puesto que lo considera como acto de naturaleza diferente: es un acto graciable. *“El acuerdo denegatorio de la concesión de indulto constituye un acto graciable, como categoría distinta de los actos discrecionales y controlable exclusivamente en cuanto a sus elementos reglados por esta Sala, afirmando la sentencia de 27 de mayo de 2003, recogida por la 10 de octubre de 2007, que el control que nos corresponde hacer del acto del Gobierno que se somete a nuestra consideración es el de sus elementos reglados, que en este caso son los que se contienen en el capítulo III de la*

⁵⁹⁷ Siguiendo la determinación de elementos del acto administrativo que efectúa Tardío Pato, J.A., en “Lecciones de Derecho Administrativo (Acto administrativo, procedimiento y recursos administrativos y contencioso-administrativos)”, *ob. cit.*, págs. 18 a 22

Ley de 18 de junio de 1.870 , en la redacción dada por la Ley 1 de 1.988, de 14 de enero , y que regula el procedimiento para solicitar y conceder la gracia de indulto, artículos 19 a 32 de la Ley . En consecuencia al ser un acto del Gobierno que tiene una regulación propia que se recoge en la Ley citada no le es de aplicación la Ley 30 de 1.992 que según su artículo 2º se aplica a todas las Administraciones Públicas, y, por tanto, al Consejo de Ministros cuando actúe como tal, pero no como ocurre en este caso cuando quien actúa es el Gobierno que ejercita una de las competencias que en esa condición le atribuye el apartado k) del artículo 5 de la Ley 50 de 1.997, de 27 de noviembre”⁵⁹⁸.

El acto de concesión de indulto no es un acto administrativo por cuanto no le es de aplicación la Ley 30/1992, sino la propia normativa contenida en la Ley de indulto de 1870. Cuando el Consejo de Ministros resuelve el otorgamiento o denegación del indulto, no lo hace como Administración pública, sino como un poder investido de una competencia específica que le asigna la ley reguladora del ejercicio de la *gracia* del indulto. No está el Ejecutivo ejerciendo potestades administrativas en el acto de concesión o denegación del indulto, sino un acto de poder, determinado por ley, que prevé el art. 5.1, k), de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno “Ejercer cuantas otras atribuciones le confieran la Constitución, las leyes y cualquier otra disposición”.

Así, en la ya traída Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013, considera que el indulto “(1) Constituye el ejercicio del derecho de gracia; (2) se trata de una actuación individual y excepcional del Gobierno; (3) se trata de un acto discrecional del Gobierno; (4) es irrelevante

⁵⁹⁸ Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de septiembre de 2010, *ob. cit.*

su consideración como acto político del Gobierno; y (5) no tiene, ni cuenta, con la naturaleza de acto administrativo” (Fundamento Jurídico 6º).

Los actos políticos como tipología diferenciada del acto administrativo, se excluyeron del conocimiento del orden contencioso-Administrativo por la Ley de Jurisdicción de 1956 -art. 2, b)- entendiendo a éstos como especie diferente de los actos discrecionales, *“caracterizada por un grado máximo de discrecionalidad, sino actos esencialmente distintos, por ser una la función administrativa y otra la función política, confiada únicamente a los supremos órganos estatales”*, según su Exposición de Motivos.

Según Díez Sánchez⁵⁹⁹, *“la expresión «actos del Gobierno» se ha asociado en nuestro ordenamiento jurídico con los actos de autoridad más común y habitualmente denominados actos políticos procedentes del consejo de Ministros («los actos políticos del Gobierno» en el concepto legal del art. 2.b) de la LJCA de 1956). Se trataba de identificar con ese nombre, siguiendo en esencia la doctrina del móvil político desarrollada en el siglo xix por el consejo de estado en Francia, determinadas decisiones que serían consideradas como cuestiones absolutamente políticas, inicialmente*

⁵⁹⁹ *“Sus límites están determinados normalmente por la esencia de esta rama del derecho -Derecho Administrativo-, en cuanto parte del ordenamiento jurídico, y con este criterio se «definen, por exclusión, las cuestiones ajenas a esta Jurisdicción». entre ellas se incluyen «las relativas a los actos políticos, que no constituyen una especie del género de los actos administrativos discrecionales, caracterizada por un grado máximo de la discrecionalidad, sino actos esencialmente distintos, por ser una la función administrativa y otra la función política, confiada únicamente a los supremos órganos estatales». el extraordinario avance que supone la ratificación del control judicial de los actos discrecionales en esa ley quedaba claramente mermado con la exclusión que en la parte dispositiva concretaba aquel precepto de «las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que afecten a la defensa del territorio nacional, las relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar», aunque se atribuyera a dicha jurisdicción conocer y determinar las indemnizaciones que fueran procedentes” Díez Sánchez, J.J., “El control jurisdiccional de los actos del gobierno y de los consejos de gobierno”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 26, enero, 2012, pág. 52*

inmunes al control judicial en toda su extensión e intensidad y de la exclusiva voluntad del Gobierno”.

Sin embargo, la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en su art. 2.a), amplió el ámbito de la jurisdicción a *“las cuestiones que se susciten en relación con: La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos”*, por lo que, en puridad, se pretendía someter al acto político al control por parte de la jurisdicción contenciosa, en la medida que no es admisible que en un Estado de Derecho existiesen actos del poder público exentos de todo control.

El Tribunal Constitucional, en Sentencia 45/1990, de 15 de marzo, dijo en relación con los actos políticos que *“no toda la actuación del Gobierno, cuyas funciones se enuncian en el art. 97 del Texto constitucional, está sujeta al Derecho Administrativo. Es indudable, por ejemplo, que no lo está, en general, la que se refiere a las relaciones con otros órganos constitucionales, como son los actos que regula el Título V de la Constitución, o la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de Ley, u otras semejantes, a través de las cuales el Gobierno cumple también la función de dirección política que le atribuye el mencionado art. 97 de la Constitución. A este género de actuaciones del Gobierno, diferentes de la actuación administrativa sometida a control judicial, pertenecen las decisiones que otorgan prioridad a unas u otras parcelas de la acción que le corresponde, salvo que tal prioridad resulte obligada en ejecución de lo*

*dispuesto por las leyes*⁶⁰⁰. De tal forma que el acto político, en la medida que no está sujeto al Derecho Administrativo, conforma una tipología de acto diferente y no sometido al mismo control que el acto administrativo en sede jurisdiccional⁶⁰¹.

La diferencia entre el acto político y el acto administrativo discrecional no ha sido tampoco cuestión pacífica. Así, para Rodríguez-Arana⁶⁰² es el acto político el paradigma de acto discrecional, mientras la Ley de Jurisdicción

⁶⁰⁰ Fundamento Jurídico 2º. En el mismo sentido SSTC 196/1990, de 20 de noviembre, y 220/1991, de 26 de noviembre

⁶⁰¹ *“García de Enterría rechazará la exención tanto por lo absurdo del móvil político como por su inutilidad e innecesaridad, con fundamento en que todas las potestades están de una u otra forma regidas por el derecho y el juez puede y debe fiscalizar su ejercicio. negará, pues, la existencia de la categoría de los actos políticos y afirmará que la razón de su exclusión del control judicial contencioso-administrativo obedece exclusivamente a que determinadas actuaciones del Gobierno no están sujetas al derecho administrativo. Únicamente aquellos actos dictados por el Gobierno como consejo de Ministros, en los que confluyen funciones constitucionales de relaciones entre poderes o el carácter de órganos de la personalidad jurídica-internacional del estado en su totalidad (manifestación de la función política como las grandes decisiones que afectan al estado como un todo) quedarían al margen del «derecho universal al juez» que consagra el art. 24 ce, implicando de paso la derogación sobrevenida del mencionado precepto de la LJCA de 1956”* Díez Sánchez, J.J., “El control jurisdiccional de los actos del gobierno y de los consejos de gobierno”, *ob. cit.*, pág. 74

⁶⁰² *“En este contexto aparece la problemática del acto discrecional por excelencia: el acto político. A partir de una determinada interpretación del principio de la separación de poderes, hasta no hace mucho incluso el acto discrecional no era susceptible de control por los jueces por entender que tal criterio fundante del Estado de Derecho impedía que un poder del estado pudiera enjuiciar los actos de otro poder del Estado. Sin embargo, desde los propios postulados del Estado de Derecho se advirtió que un poder del Estado que volviera a la subjetividad, al capricho, a la pura voluntad de arbitrio como fuente de ejercicio del poder, sería un poder absoluto, un poder incongruente con el sentido mismo del Estado de Derecho. Por ello, al poder judicial, que ha de ser independiente y autónomo del ejecutivo y del legislativo, se le confió precisamente el conocimiento de las controversias jurídicas, muchas de las cuales se producen frente a los actos del poder ejecutivo. Pues bien, cuando el poder ejecutivo actúa como tal, cuando el gobierno ejerce sus funciones políticas suelen producirse determinados actos que se denominan actos políticos, que tradicionalmente estaban excluidos del control de los tribunales de justicia por entender que la tarea de dirección política que al gobierno compete como cabeza de la Administración pública están exentas de control judicial. Tal afirmación de irrecorribilidad, de ausencia de control, de ámbitos propios dónde no es posible que entre el poder judicial, no parece que pueda mantenerse en un Estado de Derecho. Porque, como antes comentamos, el Estado de Derecho se caracteriza entre otras cosas por la no existencia de áreas o espacios exentos de control judicial, pues, de lo contrario se estaría posibilitando la arbitrariedad, la opacidad, la oscuridad, el misterio o el enigma en dónde debe haber transparencia, claridad, posibilidad de control y congruencia o racionalidad”* Rodríguez-Arana, J., “Derecho Administrativo Español”, *ob. cit.*, pág. 16

de 1956 acuñaba la categoría del acto político como acto distinto al acto administrativo discrecional. La cuestión quedó –aparentemente- resuelta en la Ley de Jurisdicción de 1998, que, interpretada en Sentencia de 24 de julio de 2000, del Tribunal Supremo, “*hace desaparecer legalmente la noción de acto político como causa de exclusión del control judicial*”, pero no con ello se determinaba la exclusión de la existencia del acto político, que pasaba a situarse en el ámbito de la discrecionalidad fiscalizable en sede contencioso-administrativa, aunque con espacios propios que lo van a distinguir de los actos administrativos, indisponibles en su control por la jurisdicción.

De esta forma, el acto político no está sujeto al Derecho Administrativo, pero sí sometido al control jurisdiccional contencioso-administrativo en cuanto las decisiones de contenido político del Gobierno puedan lesionar derechos fundamentales y cuando existan elementos reglados que deban cumplir los actos políticos.

Y es esa la conclusión que alcanza el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de noviembre de 2013, en cuanto a la naturaleza del otorgamiento del indulto. Al Tribunal le resulta indiferente la conceptualización como acto de gobierno, en cuanto son igualmente fiscalizables en sus aspectos reglados: “*Resulta irrelevante su consideración como acto político del Gobierno. Efectivamente, el artículo 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de Organización, Competencia y Funcionamiento del Gobierno dedica su artículo 26 al control de los actos del Gobierno, y su número 3 dispone que "los actos del Gobierno ... son impugnables ante la jurisdicción contencioso administrativa, de conformidad con lo dispuesto en su Ley reguladora". De este modo, la Ley se remite a la LRJCA que, a su vez, se refiere al control de los actos del Gobierno en el artículo 2º, apartado a);*

precepto que dispone "el orden jurisdiccional contencioso administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: a) La protección de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos". Regula, pues, el artículo citado el control de los actos que son propios del Gobierno cuando el mismo actúa como tal y no como Administración Pública, esto es, como Administración General del Estado, en expresión del artículo 1º.2.a) de la misma Ley de la Jurisdicción(...)"⁶⁰³.

De esta forma, para el Tribunal Supremo "resulta irrelevante la tradicional e histórica construcción de los actos políticos o de dirección política ---como mecanismo de exención del control jurisdiccional--- pues su control jurisdiccional no ofrece dudas, pero, obvio es, que circunscrito a los límites o requisitos previos que haya podido establecer el legislador mediante los citados "conceptos judicialmente asequibles". Por ello, en la práctica, no resulta apreciable ---situados en dicho ámbito--- ninguna diferencia entre este control jurisdiccional y el que opera respecto de los actos discrecionales, que se realiza, fundamentalmente, mediante el control de los elementos reglados. Dicho de otro modo, este tipo de actos políticos o

⁶⁰³ No obstante, la Sentencia considera que "tras la aprobación de la CE de 1978 el mantenimiento de estos sectores de actividad gubernamental, como excluidos del control jurisdiccional, resultaba contraria a la plena justiciabilidad de la actuación de los poderes públicos que la propia CE imponía ---"... sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión"---, llegando a considerarse el citado artículo 2 de la LRJCA56 (Disposición Transitoria Tercera de la CE) como derogado por el texto constitucional (por todas SSTs de 17 de diciembre de 1992, 29 de abril de 1993 y 6 de febrero de 1995), por cuanto el sistema constitucional no aceptaba la exención judicial de la categoría genérica de los "actos de dirección política". En síntesis, lo que la citada expresión legal implica es que el legislador ha querido excluir toda posible discusión sobre una supuesta diferencia sustantiva entre los actos de las autoridades públicas sujetos al Derecho Administrativo y aquellos otros, difícilmente definibles, que no lo estarían y que, en consecuencia, quedarían excluidos de todo control por los Tribunales. La cuestión hoy no es esa, sino la de comprobar, una vez más, hasta donde ha de llegar nuestra posibilidad de control en este tipo de actos de máxima discrecionalidad, como en el supuesto de autos son los indultos"

de dirección política no son en la actualidad sino decisiones para cuya adopción el ordenamiento jurídico atribuye un amplísimo ---máximo, si se quiere--- margen de discrecionalidad al Poder Ejecutivo para apreciar "los que sean de interés público", pero sin que, en modo alguno, ello comporte una distinta naturaleza de estos actos en cuanto a su control jurisdiccional, ni merezcan, por consiguiente, una denominación diferenciada de los mismos, pues están sometidos a las reglas generales de vinculación a la Ley y al Derecho y de control judicial de los actos discrecionales de la Administración".

Asume así el Tribunal Supremo una posición ecléctica respecto a cuál es la naturaleza del acto de otorgamiento del indulto. Afirmando que no es un acto administrativo⁶⁰⁴ y que es esencialmente discrecional, no resulta necesario entrar en discusiones doctrinales sobre los actos políticos, en la medida que el acto es susceptible de ser fiscalizado en sus elementos reglados y que, por tanto, no escapa al control jurisdiccional.

4.2.- El indulto como acto graciable

No obstante la diferencia entre los actos discrecionales y los políticos, el Tribunal Supremo considera que el otorgamiento del indulto forma parte de una categoría jurídica diferente –*tertium genus*–: los actos graciales, respecto a los cuales la doctrina del Alto Tribunal ha determinado unos

⁶⁰⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2012: "*El indulto, strictu sensu, no es un acto administrativo, ni menos un acto cuasi-reglado pues el ejercicio del derecho de gracia constituye una facultad potestativa no susceptible de ser combatida ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, salvo cuando se incumplan los trámites establecidos para su adopción, de suerte que su concesión o denegación se conforma como un acto no sujeto al derecho administrativo*"

elementos de caracterización que los individualiza respecto a los demás. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2005, se indica que *“la exigencia de motivación que invoca el recurrente con la cita de la indicada sentencia está referida a un auténtico acto administrativo sujeto a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a diferencia de lo que ocurre con el acuerdo negatorio de la concesión de indulto que constituye un acto graciable, como categoría distinta de los actos discrecionales y controlable exclusivamente en cuanto a sus elementos reglados por esta Sala”*, por lo que, para el Tribunal, el indulto no un acto discrecional sino que forma parte de una categoría diferente, que está exento de una motivación por su propia naturaleza.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2013 por su parte, considera que la concesión del indulto es una decisión libérrima que no es oponible *“la víctima no puede impedir el indulto, pues esta prerrogativa pertenece a la categoría de los actos graciales cuya concesión o denegación es libérrima para el poder público titular de la misma. Siendo esto así, lo que no es ajeno a la víctima es que, ya que ha de aceptar el perdón público, éste se ajuste a lo previsto en la Ley y no se extienda más allá de los límites que ésta impone .pues si se concede la gracia extramuros de la Ley, ese interés que justificó su presencia en el proceso penal sería completamente burlado. Precisamente ésta es la ventaja o utilidad jurídica potencial que justifica su presencia en este proceso y no tanto la voluntad de que se respete la Ley”*.

Igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de enero de 2014, -cuyo pronunciamiento respecto a la naturaleza del acto graciable reitera la Sentencia de 6 de junio de 2014-, indica que *“la naturaleza del indulto*

como acto graciable y, en consecuencia, revestido de una total libertad en la decisión, impide establecer ese juicio de ponderación que es propio del examen de la vulneración de este derecho fundamental porque aun cuando se tratare de supuestos idénticos, la concesión o denegación del indulto en uno y otro supuesto quedaría sometida a la propia discrecionalidad del Gobierno, cuya decisión de fondo, en principio, no es susceptible de revisión, ni en la vía jurisdiccional ni tampoco en el trámite del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (SSTS de 28 de abril y de 5 de mayo de 2009, Recursos núms. 487/2008 y 570/2008 y ATC 360/1990)".

Se pueden por ello determinar los elementos distintivos del acto graciable que, en esencia se concretan en: constituir una categoría distinta al acto discrecional, diferente al acto administrativo; solo fiscalizable respecto a sus elementos reglados en sede jurisdiccional; cuyo otorgamiento es una decisión libérrima⁶⁰⁵ del poder público titular de la potestad -que estará revestido de total libertad de decisión, sólo sometido a la discrecionalidad propia del Gobierno-; y deberá ajustarse a la ley que regula su ejercicio.

En los votos particulares emitidos en la Sentencia de 20 de noviembre de 2013, los Magistrados –tanto concurrentes como discrepantes- efectúan

⁶⁰⁵ Tomás-Ramón Fernández se muestra muy crítico respecto a la existencia de una facultad “libérrima” en el Estado de Derecho: *“quienes son contrarios al control jurisdiccional de los indultos comienzan afirmando que otorgarlos o no es una facultad «libérrima» del Gobierno. ¿Puede sostenerse tal cosa en pleno siglo XXI? A mi juicio, no, al menos en los términos en que esta afirmación se ha venido haciendo por la jurisprudencia tradicional. El Gobierno no está obligado, ciertamente, a conceder el indulto, ni siquiera en el caso de que todos los informes previos que la Ley de 1870 exige sean favorables. Tampoco la denegación es obligada, ni siquiera en el supuesto de que todos los informes emitidos sean contrarios a su otorgamiento. Tanto en un caso como en otro puede, sin duda, tener otras razones, más fuertes, en su opinión, que las aportadas por los informantes, que le muevan a decidir en sentido contrario a lo que le haya sido propuesto. Hasta ahí es libre, sin duda, pero eso no le libera de la obligación de exponer sus razones y de decir por qué las considera mejores que las que le hayan sido ofrecidas por los informes recibidos, como el término «libérrimo» sugiere”* Fernández Rodríguez, T.R., “Sobre el control jurisdiccional de los Decretos de indulto”, *ob. cit.*, pág. 220

un análisis del acto del otorgamiento del indulto a la luz de la naturaleza de éste como acto graciable. Así, el Magistrado Sr. Espín indica que: *“No puede afirmarse, desde luego, que la Constitución requiera en concreto que los Decretos de indulto estén motivados. Pero sí ha de entenderse que tales actos de poder público, aunque constituyan un acto graciable –no exigido por derecho alguno del indultado- están vinculados por la proscripción de la arbitrariedad establecida por el artículo 9.3 de la Constitución precisamente la razón que ha llevado al Pleno a estimar el recurso-”*⁶⁰⁶.

El Magistrado Sr. Díez-Picazo, determina la naturaleza del indulto como acto graciable, y lo considera libérrimo en su concesión o denegación, ya que lo graciable es *“lo que puede darse o negarse de manera libérrima”*. Considera que el acto otorgamiento del indulto es un acto político que no puede ser enjuiciado desde los parámetros de la arbitrariedad pues en sí mismo, es libérrimo: *“Que la interdicción de la arbitrariedad, proclamada en el art. 9 CE, rige para todos los poderes públicos es algo que no puede ser seriamente puesto en duda; y, por tanto, también los “actos políticos” están sometidos a dicho principio. Ahora bien, estos actos –entre los cuales, como quedó dicho más arriba, se hallan el otorgamiento y la denegación del indulto- se caracterizan por ser susceptibles de control jurisdiccional únicamente en lo atinente a “los elementos reglados”, tal como dispone el art. 2 LJCA. Ello significa que el remedio frente la eventual arbitrariedad de un acto de esta índole no puede ser buscado en los Tribunales. Es más: la idea misma de arbitrariedad –es decir, de decisión mediante pura voluntad y sin sujeción a regla alguna- sería difícilmente aplicable, en términos de razonamiento jurídico, a los actos graciales; y ello porque graciable es precisamente lo que puede darse o negarse de manera*

⁶⁰⁶ Al que se adhiere la Magistrada Sra. Pico Lorenzo

*libérrima. Así las cosas, el control social -que no jurídico- del derecho de gracia por parte de la opinión pública es especialmente necesario, para evitar un ejercicio excesivo o abusivo de aquél*⁶⁰⁷.

También el voto particular del Magistrado Sr. Lesmes Serrano⁶⁰⁸, aporta los elementos para la concreción de la naturaleza como acto graciable de la decisión de otorgamiento o denegación del indulto:

1.- Imposibilidad de una fiscalización sustancial del acto por parte de los órganos jurisdiccionales: *“El ejercicio de la prerrogativa de gracia es de configuración legal en cuanto al procedimiento a seguir para su concesión o denegación así como respecto de la propia extensión del perdón, sin que sea admisible una fiscalización in integrum y sin límite de ningún género, pues esta posición resultaría contraria también a la Constitución, según ha señalado el propio Tribunal Constitucional al indicar que la decisión (conceder o no conceder) no es fiscalizable sustancialmente por parte de los órganos jurisdiccionales, incluido el Tribunal Constitucional (ATC 360/1990, FJ 5), al pertenecer esta prerrogativa a la categoría de los actos Graciables. Junto a ellas la parte invoca otras infracciones como desviación*

⁶⁰⁷ *“Así, la configuración del indulto tradicionalmente hecha por la jurisprudencia de esta Sala es, en mi opinión, correcta y plenamente válida: se trata de una decisión puramente graciable -es decir, puede ser concedida o denegada de manera libérrima- y, por consiguiente, la jurisdicción contencioso administrativa sólo se extiende a sus elementos reglados ... Cuanto se acaba de exponer no queda enervado por el carácter graciable del indulto, con la consiguiente imposibilidad de someter el contenido del acto de otorgamiento o denegación de aquél a control jurisdiccional (...) Pues bien, este argumento ha de rechazarse, no sólo porque en la comunidad de los juristas no existía conciencia alguna de esa pretendida diferencia, sino sobre todo porque tan graciable -o sea, tan libérrimo- es indultar como no indultar; y ello por no mencionar que, del mismo modo que no existe un derecho a ser indultado, tampoco existe un derecho a que otro no lo sea”*

⁶⁰⁸ Al que se adhieren los Magistrados Sres. D. Enríquez Sancho, D. José Yagüe Gil, Campos Sánchez-Bordona, Díaz Delgado, D. Francisco Olea Godoy, Fonseca- Herrero Raimundo, Córdoba Castroverde, Conde Martín de Hijas y Martín Timón

de poder o la falta de motivación, que hasta ahora nuestra jurisprudencia venía situando extramuros de los elementos reglados contenidos en la Ley de Indulto y por tanto ajenos a nuestro canon de enjuiciamiento de los actos graciabiles”.

2.- La diferencia entre naturaleza graciable y administrativa: *“Tampoco la motivación del Acuerdo de indulto constituye un elemento reglado pues basta señalar que la reforma operada en la Ley de Indulto por la Ley 1/1988, de 14 de enero, suprimió su necesidad, y nuestra jurisprudencia constante y reiterada ha venido considerando que al ser el indulto un acto de naturaleza graciable y no administrativa, no le son aplicables los requisitos que para los actos administrativos establece la Ley 30/1992, particularmente la necesidad de motivación”.*

3.- Las diferentes técnicas de control de los actos graciabiles y los actos discrecionales: *“La realidad es distinta de la que se nos presenta. No hay tal identidad entre la técnica de control por elemento reglado del acto administrativo discrecional y el acto graciable; la potestad administrativa discrecional es sustantivamente diferente de la prerrogativa de indulto y esa diferencia se extiende a sus técnicas de control. Con el ejercicio de la potestad administrativa discrecional la Administración, aun cuando tenga un margen de estimación subjetiva en alguno de sus elementos, deberá perseguir siempre satisfacer una finalidad pública establecida en la Ley, circunstancia que no se da en el acto graciable. Admitir lo contrario -que con el indulto se persiguen determinados fines públicos que con carácter general se establecen en la ley- sería tanto como admitir un apoderamiento general del Ejecutivo para corregir las decisiones del Poder Judicial, lo que es constitucionalmente inadmisibile. Precisamente por eso la desviación de*

poder es técnica de control del acto discrecional y no lo es del indulto, como la propia sentencia reconoce”.

4.- La decisión de conceder o denegar el indulto, y las razones para ello, están extramuros del derecho: *“En nuestro sistema jurídico-político es preciso encontrar un equilibrio prudente entre lo que puede y no puede controlar el Juez, inserto en nuestra realidad constitucional para no caer en la concepción utópica de que el Juez tiene el poder de ejercer un control ilimitado sobre el contenido de todas las decisiones que adoptan los demás poderes constitucionales. En un acto graciable como es el indulto, la decisión de concederlo o no y las razones por las que se concede, forman parte de su núcleo esencial y se sitúan extramuros del Derecho. El Derecho ya fue aplicado por los Tribunales y el Ejecutivo no puede revisar –desde la perspectiva estricta del ordenamiento jurídico- esa aplicación a través del instituto del perdón. Las razones del indulto nunca pueden ser jurídicas, es decir basadas en posibles contravenciones del ordenamiento jurídico, pues admitirlo así sería tanto como reconocer al Gobierno el poder de revisar sentencias judiciales desde el Derecho Pero control de las razones de fondo que llevan a conceder un indulto, aunque sea desde la perspectiva de la arbitrariedad, obliga a un escrutinio, aún superficial y limitado, del fondo de la decisión, lo que pugna con la naturaleza misma del acto graciable, cuya concesión o denegación es libérrima como la propia sentencia reconoce. Esta previsión legal tan solo resulta aplicable a los actos o actuaciones debidas o, dicho de otro modo, a las obligaciones de actuar "jurídicamente obligatorias". Nada más alejado de la esencia misma que supone la concesión de un indulto, que en cuanto acto graciable no es obligatoria su adopción”.*

Es precisamente la naturaleza jurídica del acto decisorio sobre el indulto una consecuencia de la excepcionalidad de la institución del *derecho de gracia* en nuestro sistema constitucional. Resultaría contradictorio que el indulto se situase en la esfera del Derecho Administrativo cuando éste se configura como la decisión libérrima del perdón. Nada podría ser más contradictorio que plantear la naturaleza del acto de concesión de indulto en el ámbito de los contenidos materialmente fiscalizables, pues ser una excepción constitucionalizada es la esencia misma de la *gracia, rara avis* respecto a la naturaleza jurídica de los demás actos del poder público.

Ahora bien, la cuestión estriba en determinar si es admisible la existencia de los actos graciabiles -como actos libérrimos e inmotivados- en nuestro Estado de Derecho. Esa tipología de actos, especial y única, que se sitúa incluso más allá de los actos políticos en cuanto a su imposibilidad de fiscalización material, es una auténtica reliquia, una reminiscencia, del pasado absolutista. Del Rey absoluto podían emanar actos graciabiles pues su condición soberana lo permitía. Sin embargo, en nuestro Estado de Derecho, la soberanía no tiene un titular individualizado, sino que la ostenta el pueblo. Esta configuración -teórico conceptual- de la soberanía no permite justificar la existencia de una potestad para la génesis de los actos graciabiles por parte de un poder público como una expresión de su soberanía, ya que el poder del que emana no es titular de la soberanía, ni existe un escrutinio previo de la voluntad del pueblo respecto a tales actos, en los que se pudiese residenciar la legitimación del acto graciable. Pero ni tan siquiera los representantes del pueblo en las Cortes tienen participación en el acto graciable, ni de forma previa ni en términos de control posterior del acto.

Tampoco en la Constitución se advierte una previsión expresa para que los poderes públicos puedan adoptar actos graciabiles. Del art. 62.i) CE no se desprende una habilitación a tal fin, que admita que la existencia de los actos graciabiles está constitucionalizada. Siendo así, el acto que se califica como graciable –admisible según la jurisprudencia del Tribunal Supremo–, deberá estar sometido a las mismas exigencias y principios constitucionales que deben regir los demás actos de los poderes públicos. Y entre ellos, el de la motivación del acto. Compartimos en este particular la posición de Fernández Torres, pues: *“Libérrimo, en este sentido, hoy no hay nada, absolutamente nada, en la actividad de los poderes públicos, porque, como ya he dicho muchas veces y seguiré repitiendo mientras tenga fuerzas para ello, el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que consagra el artículo 9.3, in fine, de la Constitución significa, primero, «proscripción y erradicación de nuestro sistema jurídico-político del poder entendido como simple expresión de la voluntad y la fuerza de quien lo detenta» y, después, «exigencia imperativa e inexcusable del fundamento adicional de la razón». En nuestro escenario constitucional el único poder legítimo es el que se presenta en su ejercicio como resultado de una voluntad racional, esto es, racionalmente fundada”*⁶⁰⁹.

⁶⁰⁹ Fernández Rodríguez, T.R., “Sobre el control jurisdiccional de los Decretos de indulto”, *ob. cit.*, pág. 220



CAPITULO X

UNA NUEVA REGULACIÓN DEL INDULTO

1.- La Ley de indulto de 1870

La Ley de indulto de 1870 se fundamenta en un eje principal en cuanto a la potestad material para el otorgamiento del indulto: la atribución al Ejecutivo de la decisión a adoptar sobre su concesión o denegación. Las diferentes justificaciones que impulsaron al legislador del XIX para que fuese éste quien asumiese tal competencia no tienen, en el S. XXI, una solidez determinante para que, a la luz de la Constitución de 1978, aún sea el Ejecutivo quien ejerza materialmente el *derecho de gracia*.

Lo bien cierto es que el modelo de la institución, legislado en 1870, es el que ha servido como referencia para la constitucionalización del indulto en la Carta Magna de 1978. Los elementos esenciales del indulto que se acuñaron en la ley, determinaron un concepto jurídico del *derecho de gracia* desde el cual el constituyente de 1978 lo reconoció como función del Rey. Y ello porque no el modelo de 1870 no sufrió variaciones dignas de relieve desde la aprobación de la ley que lo regula, y hasta la génesis de la Carta Manga en 1978. Forzoso es concluir de ello que el modelo de *derecho de gracia* –aceptado por Constituciones y ejecutivos diferentes, en épocas diversas- es el que configura el concepto histórico jurídico de la institución del indulto que se constitucionaliza en 1978.

No obstante, la institución del indulto, alumbrada por el legislador del XIX –siguiendo el concepto tradicional de la *gracia* en nuestra historia jurídica- tiene elementos que se determinan como esenciales y propios de la naturaleza del indulto, cuya modificación desnaturalizaría a éste, y otros que se advierten como mutables o susceptibles de ser adaptados a las nuevas realidades jurídicas, puesto que su alteración no afectaría al concepto constitucionalizado, advertido que éste no se define, en sus elementos esenciales, en la Constitución.

El *derecho de gracia* en la Constitución tiene un contenido referenciado en la Ley de 1870: el indulto particular como una institución que forma parte del *derecho de gracia*, desde la prohibición de autorizar indultos generales que expresamente determina el constituyente. Lo que la Ley de 1870 regula del indulto particular es punto de partida para identificar el significado, naturaleza y alcance de la institución.

Los elementos básicos que se determinan en la Ley de indulto de 1870, sobre el ejercicio del *derecho de gracia*, son los siguientes:

1.- El indulto es una manifestación del *derecho de gracia*, según así se desprende de la intitulación de la Ley de indulto de 18 de junio de 1870 “*Reglas para el ejercicio de la gracia del indulto*”. Y según la Exposición de Motivos de la Ley, existen otras dos manifestaciones del *derecho de gracia*: el indulto general y la amnistía.

2.- El efecto de la *gracia* del indulto es “eximir del cumplimiento de las penas” impuesta en sentencia firme. “*Por el indulto vuelve el delincuente a adquirir los derechos de que le había privado justamente la sentencia*”

según reza la Exposición de Motivos, concretando tal exención en dos posibles efectos, según su art. 4: “*Será indulto total, la remisión de todas las penas a que hubiese sido condenado y que todavía no hubiese cumplido el delincuente; Será indulto parcial la remisión de alguna o algunas de las penas impuestas, o de parte de todas las en que hubiese incurrido y no hubiese cumplido todavía el delincuente*”.

3.- La gracia del indulto significa perdón, justificado en la equidad y la justicia frente al rigor de la norma penal correctamente aplicada. Así, la Exposición de Motivos fundamenta el indulto en “*la inflexibilidad de la sentencia ejecutoria, que por mil variadas causas conviene en ciertos y determinados casos suavizar, a fin de que la equidad, que se inspira en la prudencia, no choque nunca con el rigor característico de la justicia (...) los mismos Tribunales, al cumplir la severa misión de aplicar la ley, y aun el Fiscal encargado de pedir su cumplimiento, podrán proponer el indulto del sentenciado cuando crean que la justicia o la equidad pueden sufrir agravio por el inflexible rigor del precepto escrito*”. Igualmente, en los arts. 11 y 16 de la Ley condicionan el ejercicio del indulto a criterios de justicia equidad y utilidad pública.

4.- El indulto debe referirse a una pena impuesta en sentencia firme. El art. 2.1 de la Ley de 1870, exige que solo puedan ser indultados los procesados criminalmente condenados por sentencia firme. Distingue al indulto particular de los otros supuestos de *gracia* -amnistía e indulto general- en los cuales son se exige tal requisito. De esta forma el indulto opera sobre la ejecución de la condena impuesta en sentencia firme y es por tanto, requisito previo, que se haya cometido el delito.

5.- Los efectos del indulto son la remisión o la conmutación de la pena, de conformidad con lo dispuesto en el art. 4 de la Ley de 1870. Dichos efectos, igualmente se prevén en la ley penal desde contenidos reglados y no graciabiles, por lo que el indulto determina que los requisitos que la norma penal exige para la remisión y la conmutación de la pena, no son de aplicación al indulto. El indulto supone una remisión o conmutación de la pena sin sujeción a la ley penal.

6.- La concesión del indulto es irrevocable: en la Exposición de Motivos de la Ley de 1870 se dice que: *“una vez concedido el indulto, debe tener toda la fuerza de una sentencia ejecutoria. Los intereses más sagrados lo exigen así. Los principios más elementales de justicia lo proclaman también. Por esto se declaran irrevocables las concesiones de estas gracias, según las condiciones con que hayan sido hechas”*. Igualmente, en la parte dispositiva de la Ley, art. 18, se indica que: *“La concesión del indulto es por su naturaleza irrevocable, con arreglo a las cláusulas con que hubiere sido otorgado”*. Sin que obste a la posibilidad de declaración de nulidad del acto en el caso de que se hubiesen incumplido elementos reglados necesarios para su validez, elementos estos fiscalizables por la jurisdicción contencioso-administrativa.

7.- El Rey debe ejercer el derecho de gracia: por mandato constitucional del art. 62.i) CE, que se tiene cumplido implícitamente, con la necesidad de que la concesión del indulto se haga en Real Decreto según el art. 30 de la Ley de 1870: *“La concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en Real Decreto que se insertará en el Boletín Oficial del Estado”*, por lo que el Rey participará al menos en su expedición, según se establece en el art. 62.f) CE.

8.- El indulto no puede perjudicar derechos de terceras personas y en los delitos particulares debe ser oída la parte ofendida: son las llamadas “condiciones tácitas” del indulto en el art. 15 de la Ley de 1870: “*Serán condiciones tácitas de todo indulto: 1ª Que no causen perjuicio a tercera persona o no lastime sus derechos. 2ª Que haya sido oída la parte ofendida, cuando el delito por el que hubiese sido condenado el reo fuere de los que solamente se persiguen a instancia de parte*”. Ambas ponen de manifiesto que la decisión final sobre la concesión o denegación del indulto no está supeditada al perdón de perjudicado por el delito, sino a la causación de perjuicios en los derechos de terceros –entendidos como los perjuicios que pudiese determinar la inejecución de la condena en la esfera de los derechos de terceros, pero no como derecho a que la pena se cumpla-.

Igualmente, cabe señalar como elementos básicos del indulto a aquellos que lo diferencian del indulto general, prohibido en la Constitución:

9.- El indulto debe plantearse como beneficio individualizado, sobre un sujeto determinado y unas circunstancias concretas: el indulto deberá atender a la situación personal de quien puede llegar a ser beneficiario del mismo, su disposición sobre el delito cometido y su arrepentimiento. Además a las circunstancias del delito por el cual ha sido condenado, la trascendencia de la pena en el condenado y su virtualidad en cuanto a la finalidad de resocialización y reeducación a los que debe ordenarse la pena. El indulto por ello se debe fundamentar en la justicia, la equidad y la utilidad social, que puedan suponer su concesión, atendida la pena impuesta en sentencia, tipo de delito, situación personal del condenado

y el daño causado con el delito. Tales características las diferencian del indulto general que proscribe la Constitución.

10.- El indulto deberá fundamentarse en razones de justicia, equidad y utilidad pública: el indulto, según el art. 4.3 del Código Penal, pretende corregir la pena impuesta, atendidas las circunstancias del hecho y las del condenado. El indulto es una forma de evitar los excesos del rigor de la norma penal, en situaciones concretas. Así el ejercicio del *derecho de gracia* parte de la premisa de que la pena impuesta que prevé la norma penal puede devenir en injusta o no equitativa en algunas situaciones, por lo que éste opera a modo de instrumento para restablecimiento de la justicia, quebrada por el rigor de la ley penal.

Estos diez elementos son los que, a nuestro entender, determinan las condiciones esenciales que caracterizan al indulto, y que, por tanto, son indisponibles para el legislador ordinario, en la medida que configuran la naturaleza del *derecho de gracia* que constitucionaliza el art. 62.i). El concepto, sus efectos, su significado, su irrevocabilidad, y corresponder formalmente su ejercicio al Rey, son elementos propios y no mutables al formar parte del núcleo mismo de la institución constitucionalizada.

Junto a estos existen otros elementos que configuran el indulto en la Ley de 1870, y que responden al criterio de oportunidad del legislador, que van a determinar una caracterización del *derecho de gracia* en aspectos no esenciales ni consustanciales a la propia existencia del indulto:

1.- El procedimiento establecido por la Ley de indulto: la Ley de 1870 configura el indulto como un procedimiento gubernativo. El art. 20 de la Ley 1870 le atribuye al Ministro de Justicia la formación del expediente: *“la propuesta será reservada hasta que el Ministro de Justicia, con su vista, decreta la formación del oportuno expediente”*, y se impulsará, en todos sus trámites por el Ministerio de Justicia como se establece en los arts. 22 y 23 de la Ley.

2.- La participación de los órganos jurisdiccionales está limitada y no es vinculante para la concesión o denegación del indulto: el tribunal que dictó la sentencia puede proponer el indulto –al Tribunal Supremo se le permite tal posibilidad- según el art. 20 de la Ley. Igualmente, deberá el tribunal sentenciador emitir un informe preceptivo relativo *“a la justicia o conveniencia y forma de la concesión de la gracia”*, según los datos que deberá consignar en el mismo que establece el art. 25 de la Ley de 1870. Tal informe no tiene carácter vinculante. Por último, conforme se prevé en el art. 31 de la Ley, el tribunal sentenciador es el que deberá aplicar la *gracia* otorgada. El poder Judicial es ajeno al contenido decisorio en la concesión del indulto.

3.- No se exige que el acto de otorgamiento o denegación de indulto esté motivado: el texto del art. 30 de la Ley de indulto de 1870, anterior a la modificación operada por Ley 1/1988, de 14 de enero, preveía que: *“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 modificación de dicho precepto en 1988 determinó excluir la exigencia expresa de motivación del otorgamiento de indulto. Pese a que tal exclusión no determina –en nuestra opinión- la inexistencia de dicha motivación –por ser un acto de poder cuya falta de motivación resultaría

infractora del principio de interdicción de la arbitrariedad-, se considera –según práctica ordinaria de los diferentes ejecutivos- que la motivación ha dejado de ser exigible –con apoyo en la doctrina del acto graciable-.

4.- Indeterminación del contenido material de los conceptos de justicia, equidad y utilidad pública: la Ley de 1870, pese a referirse a éstos como criterios para la concesión o denegación del indulto, -y ser, además, un rasgo distintivo del indulto particular respecto al general- no explicita ni el significado, alcance, límites, elementos a considerar, ni las pautas de apreciación de tales criterios, a efectos de su virtualidad en la decisión final sobre el indulto. El indulto se sitúa en el ámbito de lo indisponible respecto a su fiscalización material, por inexistencia de parámetros que lo puedan objetivar.

5.- No se explicitan criterios de reeducación y reinserción social para la concesión del indulto: el ejercicio del *derecho de gracia* no debe alterar el criterio orientador de la finalidad de las penas que prevé el art. 25.2 CE, en el caso concreto. No sería dable la concesión del indulto cuando éste perjudicase la socialización y reeducación del condenado –ex art. 25.2 CE-, y, por el contrario, la concesión del indulto debería tener en cuenta los citados parámetros, como acto emanado del Ejecutivo y, por ello, vinculado por el contenido del precepto constitucional.

6.- La potestad para otorgar o denegar el indulto es atribución exclusiva del poder Ejecutivo: la Ley de 1870 residencia en el Gobierno la decisión material sobre el ejercicio del *derecho de gracia*. Lo hace al indicar en el art. 30 que la concesión de los indultos “*se hará en Real Decreto que se insertará en el Boletín Oficial del Estado*”, medio que implica el ejercicio de la potestad ejecutiva que la Constitución atribuye al Gobierno y que

se corresponde con los actos emanados del Consejo de Ministros. Con la atribución al Ejecutivo, la ley está alterando el sistema de competencias y funciones que determina la Constitución a los diferentes poderes y los órganos del Estado; está sustrayendo del ámbito de lo jurisdiccional las decisiones sobre las resoluciones judiciales firmes; se otorga, a favor del Ejecutivo, la potestad de poder valorar lo justo y lo injusto, lo equitativo y lo no equitativo, lo útil y lo no útil para el interés público.

Los seis elementos del ejercicio del *derecho de gracia* que se acaban de relacionar, no tienen una justificación en la naturaleza de la institución, sino en la voluntad del legislador al positivizarla. La Constitución no ha exigido que el indulto cumpla con estas premisas sino que, al contrario, las mismas parecen estar en contradicción con una lectura integradora del texto constitucional, pues el diseño legal del indulto se enfrenta con principios de rango constitucional, que no pueden tener como excusa la naturaleza excepcional de la *gracia*.

Además, como ya hemos analizado, la regulación del indulto en la Ley de 1870 supone una quiebra de los principios constitucionales que permite predicar su inconstitucionalidad, por dos motivos:

1º.- Necesidad de ley orgánica para la regular el ejercicio del indulto

La preconstitucionalidad de la Ley de indulto no supone una *patente de corso* que determine una plena admisibilidad de su contenido a la luz de las exigencias de ley orgánica que se establecen en la Constitución. De

una parte, en cuanto la citada norma fue modificada por una ley que no siguió los trámites formales de las leyes orgánicas -y en cuanto afectó al contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva-, habría incurrido en inconstitucionalidad con tal modificación. Y, de otra parte en cuanto afectó a la norma penal, su modificación debió seguir el mismo trámite para la modificación de las leyes penales -el de las leyes orgánicas-, incurriendo igualmente en inconstitucionalidad.

a.- La Ley de indulto de 1870, en cuanto afecta al contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, debería ser una ley orgánica: la modificación operada por Ley 1/1998, de 14 de enero, en tanto no se ajustó al procedimiento de aprobación y modificación de las leyes orgánicas del art. 81.2 CE, es inconstitucional.

El *derecho de gracia* incide en los derechos fundamentales y libertades públicas de la Sección I, Capítulo I, Título I, CE, concretamente en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, pue supone la inejecución de la sentencia, que forma parte del contenido esencial de la tutela judicial efectiva. En éste particular, el *derecho de gracia* se encuentra en el supuesto del art. 81.1 de la Constitución.

La determinación del contenido esencial del derecho fundamental a la ejecución de la sentencia está ínsito en el de la tutela judicial efectiva. El propio *nomen* del derecho fundamental alcanza a establecer que la imposibilidad de ejecución de la sentencia, por decisión del Ejecutivo, es una afección directa al contenido esencial del derecho, no solo límite para su ejercicio: la efectividad de la ejecución de la sentencia deja de estar tutelada por el órgano judicial, sustrayendo de éste la efectividad del

cumplimiento de sus propias resoluciones. El derecho fundamental pierde su peculiaridad, sus elementos reconocibles, y queda vacío de contenido.

La Ley de indulto de 1870, contiene preceptos que afectan al contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, en su manifestación como derecho fundamental a la ejecución efectiva de las resoluciones judiciales, tutelada por el órgano jurisdiccional. Así, en el art. 4 de la Ley de 1870 se establecen cuáles son los efectos del indulto en la ejecución de la pena establecida en sentencia firme: *“la remisión de todas las penas a que hubiese sido condenado y que todavía no hubiese cumplido el delincuente (...) la remisión de alguna o algunas de las penas impuestas, o de parte de todas las en que hubiese incurrido y no hubiese cumplido todavía el delincuente ... la conmutación de la pena o penas impuestas al delincuente en otras menos graves”*. Tal remisión, como ya se ha expuesto, determina la inejecución definitiva de la pena establecida en resolución judicial, y también la propia inejecución de la sentencia. La Ley indulto no respeta el contenido esencial al desvirtuar el derecho fundamental a la ejecución y hacerlo ineficaz.

La Ley 1/1988, de 14 de enero, que modifica la Ley de indulto de 1870, incurre en inconstitucionalidad al no respetar la reserva material de ley orgánica del art. 81.1 CE y, por tanto, por no ajustarse al procedimiento de aprobación de las leyes orgánicas que establece el art. 81.2 CE.

b.- la Ley reguladora del derecho de gracia en cuanto afecta a la norma penal, deberá ser una ley orgánica

El *derecho de gracia*, en cuanto impide el cumplimiento de la previsión punible de la norma penal, elemento esencial de ésta, tiene como efecto jurídico la alteración del tipo penal, en cuanto a la sanción aplicable. El indulto vulnera la taxatividad de la tipificación de las infracciones y sanciones, incidiendo en uno de los elementos esenciales de la norma penal -la pena aplicable a la conducta típica-, pues vacía de contenido material la previsión normativa sobre la sanción correspondiente a una determinada conducta.

Afección que se sitúa no sólo en el ámbito de los principios, sino que determina una modificación de la norma penal en relación con la pena, haciéndola ineficaz e inaplicable en algunos supuestos que excepcionan la previsión de la ley penal y su virtualidad. Tal afección debe seguir los requisitos que el art. 81.2 CE exige para “*la aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas*”, tanto porque la ley penal requiere de ley orgánica como reserva material como por ser las normas que se excepcionan con el indulto preceptos contenidos en la ley orgánica.

La determinación del constituyente en tal precepto, tiene su correlativo en la sanción de inconstitucionalidad que establece el art. 28.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional puesto que, de conformidad con tal precepto, la modificación o derogación de las leyes orgánicas por norma no orgánica, conlleva la inconstitucionalidad de tal norma; la excepción en norma de rango de ley orgánica, deberá compartir la naturaleza de la norma que excepciona.

2°.- La regulación del indulto de la Ley de indulto de 1870 determina la alteración del sistema competencial establecido constitucionalmente, y debe entenderse como derogada en los contenidos que contravengan la Constitución.

El *derecho de gracia* no solo exime del cumplimiento de la pena, sino que también resta toda virtualidad a la misión de juzgar dejándola vacía de eficacia. La función jurisdiccional de juzgar, que es elemento esencial del cumplimiento de la misión constitucional encomendada a los jueces y tribunales, pierde todo su contenido con el ejercicio de la *gracia*. Con mayor intensidad se manifiesta dicha incidencia en el mandato de *hacer ejecutar lo juzgado*, del art. 117.3, y el del art. 118: “*Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto*”.

Con el ejercicio del *derecho de gracia*, un poder diferente al Judicial –el Ejecutivo- y que está obligado a cumplir las sentencias firmes, dispensa su cumplimiento en situaciones concretas, a individuos determinados y excepciona la misión de hacer ejecutar lo juzgado. Y tal injerencia, no puede ser determinada por ley sino que es ámbito propio y exclusivo del constituyente.

La división de poderes es un elemento esencial del Estado de Derecho, que se encuentra en la proclamación del Estado social y democrático del art. 1.1 CE, que pasa a situarlo como principio vertebrador del modelo constitucional. La parte orgánica de la Constitución se configura desde la atribución de funciones y competencias a los órganos y poderes del

Estado determinando los mecanismos de mutuo control y compensación. Y una ley no puede modificarlos sin habilitación constitucional expresa.

Sólo el constituyente puede alterar la atribución de competencias a los poderes del Estado. La necesidad de una concreción sobre el órgano con facultades materiales para la concesión de un indulto –que se advierte en el silencio del constituyente sobre la titularidad concreta de la citada potestad en su art. 62.i) CE-, no puede solventarse mediante la ley, por lo que la configuración legal del ejercicio del *derecho de gracia* deberá estar sometida inexorablemente, al reparto de competencias y funciones que la Constitución prevé, sin posibilidad alguna de alterarlo *so pena* de incurrir en inconstitucionalidad manifiesta.

La Ley de 1870 tiene un contenido que se aleja del esquema de asignación de funciones a los poderes en la Constitución, al atribuir la potestad de indultar al poder Ejecutivo. Por el valor normativo de la Constitución -el cual determina el desplazamiento de las normas que la contradiga- y el tenor de su disposición derogatoria -que determinar tal desplazamiento imponiendo su derogación-, las previsiones de la Ley de 1870 respecto al ejercicio material del indulto por parte del Ejecutivo en cuanto se apartan de la voluntad constitucional en la determinación de las funciones de los poderes del Estado, plantea una contradicción con la Constitución que cabría situarla en el ámbito de los efectos derogatorios para la norma contradictora. La aprobación del texto constitucional habría producido la derogación de dicha norma de 1870 atendida la inadecuación material de esa ley preconstitucional a la Constitución.

La primera inconstitucionalidad advertida –por omisión de los trámites de ley orgánica- es consecuencia del planteamiento equívoco sobre cuál

es la categoría normativa que debería utilizarse para regular el indulto. Pero la segunda –atribución de la potestad de indultar a favor del poder Ejecutivo - está en la configuración legal del indulto por la Ley de 1870. Y ambas se pueden corregir.

Es, por tanto, posible, una nueva regulación del indulto que no infrinja los principios constitucionales, que no sea inconstitucional, que modere su incidencia en las otras disfunciones constitucionales que también se advierten con el ejercicio del *derecho de gracia* –el derecho a la tutela judicial efectiva, los principios de seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad, los criterios orientadores de la finalidad de las penas-. En definitiva es posible una nueva visión del indulto, una *gracia* compatible con la Constitución.

2.- Una propuesta para la regulación del indulto: la ley orgánica reguladora del ejercicio del derecho de gracia

El legislador ordinario puede apartarse del modelo de *derecho de gracia* que se encuentra regulado en la Ley de 1870, en cuanto a sus aspectos no esenciales⁶¹⁰. No existe, en el art. 61.i), restricción alguna en cuanto al contenido de la ley y a la caracterización del *derecho de gracia* que se deberá regular. Tan solo los derivados de los elementos esenciales de la *gracia*, y que el Rey deberá participar en su ejercicio, constreñido por el

⁶¹⁰ Sobre el procedimiento prelegislativo y sus garantías, *vid.* Garrido Mayol, V., “Las garantías del procedimiento prelegislativo: la elaboración y aprobación de los proyectos de ley”, Ed. Tirant lo Blanch, 2010

alcance de las funciones del Rey en su configuración constitucional (la irresponsabilidad del Rey y el refrendo de sus actos).

El contenido mínimo de la ley que debe regular el ejercicio del *derecho de gracia*, a la luz del art. 62 i), es, por una parte, la propia regulación de tal ejercicio y, por otra, la participación del Rey en sus trámites, con la limitación de que la acción del Rey no tenga contenido decisorio, bien expresamente bien por la aplicación del art. 64.1 CE (refrendo). Pero, es también, un contenido que resulta necesario, el concepto del *derecho de gracia*, poder y órgano con competencia para acordarlo, límites, efectos, trámites y sus requisitos. De ello no se ocupa explícitamente el art. 62 i) pero es una necesidad implícita en el reconocimiento constitucional de la institución, y ha de ser la ley reguladora del *derecho de gracia* la que debe suplir las carencias que se advierten del textual del art. 62.i).

La alteración de la reserva funcional que el constituyente determinó de forma expresa para el poder Judicial (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado); su trascendencia constitucional sobre el contenido obligacional expreso del art. 118 CE, sobre el núcleo esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, y la sustracción al concepto finalista de la pena impuesta del art. 25.2 CE; la incidencia en los contenidos del Título Preliminar de la Constitución, -imperio de la ley, art. 1 CE, principio de legalidad del art. 9.3, y su configuración penal del art. 25.1, principio de seguridad jurídica-; en definitiva, la afección a elementos esenciales del Estado de Derecho, pueden ser, en algunos casos, evitados, y, en otros, minorados, con una nueva regulación de la institución.

Que el constituyente acepte y admita que una ley defina el *derecho de gracia*, debe llevar a que éste se concibe a partir de la flexibilidad que la remisión al legislador ordinario implica. La ausencia de elementos de definición constitucional, supone así la mutabilidad de los mismos, con excepción de los elementos expresamente determinados por el art. 62.i. de la Constitución: la prohibición de indulto general y participación del Rey en su ejercicio. Los restantes elementos de la Ley de 1870 son, así, susceptibles de modificación, con la restricción que se supone respecto a los elementos esenciales que determinan a tal institución.

2.1. Mantenimiento de los elementos esenciales del indulto

La ley que debe regular el ejercicio del *derecho de gracia*, tiene la misión constitucional de suplir las carencias que la parquedad del textual del art. 62.i) advierte respecto a cuestiones fundamentales de la institución de la *gracia*. Y, así, se puede concebir la regulación *lege data* contenida en la Ley de 1870 como un complemento, expresamente asumido por el constituyente, respecto a los elementos nucleares de ésta:

- 1.- El indulto es una manifestación del *derecho de gracia*.
- 2.- El efecto de la *gracia* del indulto es “*eximir del cumplimiento de las penas*” impuesta en sentencia firme.
- 3.- La *gracia* del indulto significa perdón, justificado en la equidad y la justicia frente al rigor de la norma penal correctamente aplicada.

- 4.- El indulto debe referirse a una pena impuesta en sentencia firme.
- 5.- Los efectos del indulto son la remisión o la conmutación de la pena.
- 6.- La concesión del indulto es irrevocable.
- 7.- El Rey debe ejercer el *derecho de gracia*.
- 8.- El indulto no puede perjudicar derechos de terceras personas y en los delitos particulares debe ser oída la parte ofendida.
- 9.- El Indulto debe plantearse como beneficio individualizado, sobre un sujeto determinado y unas circunstancias concretas.
- 10.- El indulto deberá fundamentarse en razones de justicia, equidad y utilidad pública.

Estos elementos, que resultan indisponibles para el legislador ordinario, serán complementados en propuesta *lege ferenda* como una garantía de mayor adecuación del indulto a los principios constitucionales.

2.2. Naturaleza normativa de la ley reguladora: ley orgánica

Según ya se ha expuesto, la ley que regule el ejercicio del indulto deberá ser una ley orgánica, por la doble exigencia que plantea la materia que afecta: el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial

efectiva, en su vertiente como derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, y la incidencia modificativa del indulto respecto a la previsión de la ley penal, en cuanto a la pena prevista. Todo ello, de conformidad con lo dispuesto en el art. 81, 1 y 2 CE y el art. 28.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

La necesidad de ley orgánica no se puede soslayar por la consideración de la Ley de indulto de 1870, como norma preconstitucional. El Tribunal Constitucional considera que la inexigencia de ley orgánica por tratarse de una norma preconstitucional, no exime al legislador de confeccionar y elaborar esa ley orgánica *el legislador, para dar cima al desarrollo de la Constitución, habrá de confeccionar y elaborar esa Ley Orgánica*⁶¹¹, de tal forma que la no inconstitucionalidad de la Ley de indulto de 1870 por no cumplir con el requisito formal de ley orgánica por exigencia material no suple la necesaria regulación del indulto mediante ley orgánica.

La nueva regulación del indulto que se propone determinará una norma integral y no una modificación de la Ley de 1870, la cual establezca todo el régimen jurídico de la institución del indulto, a efecto de cumplir con la exigencia del desarrollo legislativo del *derecho de gracia* que ordena el constituyente en el art. 62.i) CE, respetando la reserva material y formal de ley orgánica del art. 81 CE.

⁶¹¹ STC 11/1981, de 8 de abril: *"Frente a este argumento se ha alegado con acierto que no es posible exigir la reserva de ley de manera retroactiva para anular disposiciones reguladoras de materias y de situaciones respecto de las cuales tal reserva no existía de acuerdo con el Derecho anterior, especialmente cuando la fuente de Derecho que se cuestiona se produjo respetando el sistema de creación jurídica vigente en el momento de su promulgación. Lo anterior quiere decir que no existen motivos para considerar que el Real Decreto-Ley 17/77 sea inconstitucional por razones referentes a su forma de producción. No quiere, en cambio, decir que el Real Decreto-Ley pueda en lo sucesivo considerarse plenamente asimilado a una ley orgánica o investido del carácter de ley orgánica, ni tampoco que pueda cumplir el papel de la norma de integración a la que la Constitución se remite, pues ésta tendrá que ser siempre una Ley Orgánica y el legislador, para dar cima al desarrollo de la Constitución, habrá de confeccionar y elaborar esa Ley Orgánica", ob. cit.*

2.3- La potestad para otorgar el indulto: Sala especial de gracia del Tribunal Supremo

Hemos advertido que la principal disfunción constitucional en la actual regulación del indulto por Ley de 1870, y susceptible de ser superada, es la atribución de la potestad de indultar al Gobierno. La injerencia que el indulto, residenciado en el poder Ejecutivo, provoca en las funciones del poder Judicial que constitucionalizan los arts. 117 y 118 CE requiere de una nueva atribución de tal potestad que se cohoneste con el principio de división de poderes y su determinación en la Constitución: el indulto debe ser una potestad del poder Judicial⁶¹² y, por tanto, la nueva ley del indulto tiene que establecer tal potestad en los órganos jurisdiccionales.

La determinación competencial a favor del Ejecutivo respecto al ejercicio del *derecho de gracia* no parece tener una justificación en la naturaleza misma de la *gracia* –pues es un acto de soberanía del Estado–, sino en la misión ejecutiva que se irroga al Gobierno, respecto a las decisiones de Estado. No obstante, tal atribución no determina un elemento que se

⁶¹² Sieyès ya apuntó la idea de que la *Jury Constitutionnaire*, -Tribunal Constitucional- tuviese como una de sus atribuciones la de constituirse como Tribunal de equidad natural “*cuando la legislación tutelar haya olvidado su justa garantía, de tal manera que se convierta en suplemento de jurisdicción natural para los vacíos de jurisdicción positiva*”. Siguiendo a Pantoja Morán, “*para justificar la creación de ésta facultad, evocó el caso de los jueces que se ven enfrentados a la disyuntiva de salvar al culpable, o más penoso aún, condenar al inocente, o infringir la ley. Preguntó si un hombre puede llamarse libre, si cuando se siente herido en sus derechos, no tiene la facultad de pedir justicia. Es preciso, respondió, que para que ese hombre sea libre, no esté privado del derecho de recurrir a un juez; es preciso que pueda encontrar siempre una ley que se aplique al caso que desea someterlo, puesto que se supone ha recibido un daño real*” Sieyès, E.J., “Opinión de Sieyès sobre las atribuciones y la organización de la *Jury Constitutionnaire* propuesta el 2 del Termidor”, *Escritos Políticos de Sieyès*, Pantoja Morán, D., *ob. cit.*, págs. 265 y 266. *Cit.* en Pantoja Morán, D., “El supremo poder conservador: el diseño institucional en las primeras constituciones mexicanas”, *El Colegio de Michoacán A.C.*, 2005, pág. 214

presuponga de una intangibilidad manifiesta en cuanto a la esencia de la *gracia*, como para considerarla inherente a ésta.

No existe óbice constitucional para tal atribución por ley. En realidad, el obstáculo constitucional está precisamente en la atribución al Ejecutivo en virtud de la Ley de 1870. El indulto deberá por ello situarse dentro de la esfera de funciones del poder Judicial, en cumplimiento de la misión de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Ello conduce a que el indulto debe pasar a ser parte de la función de administrar justicia, según proclama el art. 117.1 CE.

Para ello el otorgamiento del indulto deberá configurarse como parte del procedimiento judicial donde el órgano jurisdiccional competente pueda efectuar una valoración jurídica de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto a efectos de determinar la procedencia de conceder o denegar el indulto. Siendo así el juicio del órgano jurisdiccional estará en la esfera de las atribuciones del poder Judicial, en cuanto juzga sobre pautas previamente determinadas por la ley –la reguladora del ejercicio del indulto- y resuelve conforme al derecho aplicable. Y podrá cumplir el mandato de hacer ejecutar lo juzgado, en la medida que la resolución del indulto es título judicial susceptible de ser ejecutado.

Por otra parte, los criterios para concesión del indulto –justicia, equidad y utilidad pública-, los cuales se configuran como elementos nucleares de la institución –en la vigente regulación en Ley de 1870- no conforman un ámbito de valoración indisponible para los órganos jurisdiccionales. La propia norma penal en su art. 4.3 residencia en el juzgado o tribunal sentenciador, la apreciación de la injusticia material resultante de la aplicación de la norma penal al supuesto concreto, que ordena un juicio

de contraste entre las disposiciones de la ley penal y la acción concreta, que puede llevar al juzgador a concluir la injusticia de la pena respecto a la concreta situación en que se debe aplicar la norma atendidos “*el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo*”.

Igualmente, la consideración de la justicia y la equidad en la aplicación del derecho positivo –incluso desplazándolo– por los órganos judiciales, ha sido admitida por los Tribunales Supremo y Constitucional, como se ha puesto de manifiesto anteriormente, permitiendo la resolución de los asuntos sometidos a heterotutela desde la orientación de la justicia, en su sentido material, en sede del art. 1.1 CE.

Los órganos jurisdiccionales han consolidado unos criterios para que la concreción de los criterios de justicia, equidad y utilidad pública, no se determinen como meros postulados subjetivos, sino que se sometan a la objetivación de sus elementos fundamentales. Así *V. gr.*, el informe de 14 de junio de 2000 del Tribunal Supremo, sobre el indulto total de la pena impuesta en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1999 en la causa especial 2940/97⁶¹³ donde se explicitan los criterios para considerar la concurrencia de la justicia, la equidad y la utilidad pública en orden a la concesión o denegación del indulto. O la reiterada doctrina del Tribunal Supremo sobre el concepto de utilidad pública, ya de la Sala de lo Penal, ya de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Por ello, los órganos judiciales tienen competencia para la consideración de los criterios de justicia, equidad y utilidad pública, y su concreción al caso concreto. La atribución competencial sobre la decisión de indultar

⁶¹³ *Ob. cit.*

en los órganos jurisdiccionales puede efectuarse, bien al juez o tribunal que resolvió la condena en sentencia, bien a un órgano jurisdiccional diferente. Ambas soluciones cumplirían con pleno respeto las funciones del poder Judicial respecto a la misión de administrar justicia. En nuestra opinión, parece más adecuado que sea un órgano jurisdiccional diferente al órgano que conoció del procedimiento y dictó sentencia condenatoria.

Los motivos para residenciar la potestad de indultar en un órgano de la jurisdicción diferente al que dictó sentencia condenatoria, en particular, un órgano jurisdiccional especializado, son los que se pasan a plantear:

1.- La posible predeterminación del órgano sentenciador respecto a una decisión sobre el indulto de la condena que ha impuesto: en la medida que la condena ha sido impuesta tras una valoración de los hechos y la aplicación de la ley penal a éstos, la lógica tendencial podría inclinar al órgano sentenciador a considerar justa la sentencia y su condena.

El indulto, aunque no efectúa un nuevo enjuiciamiento sobre hechos ni su calificación punible, sí que supone una corrección de la norma penal y advierte de la insuficiencia de ésta para alcanzar la justicia. Resulta el indulto, así, una decepción de la norma aplicada al supuesto concreto y la crítica tácita a la imposibilidad de alcanzar una justicia real por parte del órgano judicial que dictó la sentencia.

A ello debe unirse el hecho de que la conclusión condenatoria se realiza desde la valoración de las pautas normativas sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, que inducen a pensar que

el órgano sentenciador ha considerado éstas al dictar sentencia, por lo que no es fácil advertir que el propio juzgador se incline a considerar la injusticia material de su decisión. La contaminación del sentenciador es similar a la predicable del instructor respecto al juzgador, proclive a la consideración de la condena –la averiguación del delito en el caso de un instructor- como consecuencia justa de la aplicación de la ley penal en el supuesto concreto.

2.- La especialización del órgano jurisdiccional como instrumento para la adecuación del indulto a los principios de seguridad jurídica, certeza del ordenamiento, igualdad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos: la especialización en un órgano jurisdiccional del ejercicio del indultar podría permitir llegar a la uniformidad material en los pronunciamientos relativos a los indultos y a la aplicación constante de los criterios tomados en consideración. El conocimiento del indulto por un mismo órgano, admite una aproximación al cumplimiento de los requisitos de igualdad de trato y de seguridad jurídica, en tanto pueden valorarse las resoluciones dictadas por tal órgano, en materia de *gracia*, desde el prisma de la igualdad jurídica.

Para el propio órgano, la especialización conduce a la unificación de su doctrina en cuanto a la decisión sobre los indultos, motivos por los que se conceden y deniegan, trascendencia que se le dota a cada uno de los criterios, ponderación de éstos, similitud objetiva entre unos y otros. Y ello redundaría en beneficio del principio de seguridad jurídica y de certeza del ordenamiento, en cuanto las consecuencias de la aplicación de la ley –la reguladora del indulto- se aproximan a una certeza en cuanto a sus

efectos probables, restringiendo asimismo el margen para la existencia de una posible arbitrariedad –proscrita por la Constitución–.

Siendo, desde nuestro criterio, más adecuado residenciar la potestad de otorgar o denegar el indulto en un órgano jurisdiccional especializado, también consideramos que sería la opción más correcta que tal órgano fuese una Sala especial del Tribunal Supremo, sólo constituida para el ejercicio de la potestad sobre los indultos, y que podría ser denominada la *Sala de gracia*⁶¹⁴. A tal conclusión se llegaría por:

1.- La obvia competencia jurídica de los miembros de la Sala en cuanto ejercen la magistratura en el Alto Tribunal.

2.- La jurisdicción del Tribunal Supremo en todo el territorio del Estado, según establece el art. 123.1 CE: *“El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España (...)”*

3.- La posición jurisdiccional del Tribunal Supremo, como culminación de todas las instancias y como supremo órgano jurisdiccional, y así se expresa en el art. 127.1 CE: *“es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales”*.

⁶¹⁴ La LOPJ prevé en su art. 42, la existencia de una Sala especial del Tribunal Supremo, para la resolución de los conflictos de competencia entre órganos jurisdiccionales: *“Los conflictos de competencia que puedan producirse entre Juzgados o Tribunales de distinto orden jurisdiccional, integrados en el Poder Judicial, se resolverán por una Sala especial del Tribunal Supremo, presidida por el Presidente y compuesta por dos Magistrados, uno por cada orden jurisdiccional en conflicto, que serán designados anualmente por la Sala de Gobierno. Actuará como Secretario de esta Sala especial el de Gobierno del Tribunal Supremo”*. La hipótesis de creación de una Sala especial de gracia podría, así, ser una previsión de la LOPJ.

4.- La inexistencia de obstáculo constitucional para la atribución de la potestad de indultar al Tribunal Supremo, y la posibilidad de crear una Sala especial de *gracia* con la modificación de la Ley Orgánica del poder Judicial.

5.- La independencia del poder Judicial como garantía de una actuación ajena a la subjetividad y a criterios de oportunidad política.

La posibilidad de residenciar la potestad de conceder los indultos en el Tribunal Supremo fue la solución constitucionalizada en la II República. En el art. 102 de la Constitución de 1931 así se preveía: *“Las amnistías sólo podrán ser acordadas por el Parlamento. No se concederán indultos generales. El Tribunal Supremo otorgará los individuales a propuesta del sentenciador, del Fiscal, de la Junta de Prisiones o a petición de parte. En los delitos de extrema gravedad podrá indultar el Presidente de la República previo informe del Tribunal Supremo, a propuesta del Gobierno responsable”*.

Y la independencia del poder Judicial es un axioma de la Constitución: *“La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”*. La misma no es solo una condición instrumental para el ejercicio de la jurisdicción sino también es presupuesto de justicia. Y la independencia en cuanto a la decisión de indultar –decisión que, en sí misma, supone la imposición del criterio de justicia sobre la norma dispositiva- permite situar al ejercicio de *derecho de gracia* en posición distante respecto a la

oportunidad política, que es principal referente del indulto residenciado en el poder Ejecutivo.

La atribución de la potestad de indultar a la Sala de *gracia* del Tribunal Supremo –como la hemos denominado- permitiría en conclusión, que se superase la injerencia del poder Ejecutivo sobre el Judicial que supone la actual regulación del indulto en la Ley de 1870; adecuar la institución a los principios constitucionales y a las competencias atribuidas por el constituyente a los diferentes poderes del Estado; aproximar al indulto a los principios constitucionales de seguridad jurídica y de certeza del ordenamiento, igualdad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos; y determinar que una decisión fundada en justicia se adopte por el supremo órgano jurisdiccional del Estado. Una lectura en términos inversos nos lleva a dudar sobre si, para la consideración de la justicia, la equidad y la utilidad pública al caso concreto, el poder más adecuado –en estricta valoración material de sus funciones- debe ser el Ejecutivo.

2.4.- La determinación de un procedimiento: trámite de ejecución de sentencia

Si una de las principales afecciones del indulto se produce en la esfera del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, bien podría éste configurarse como un trámite incidental en la ejecución de la sentencia. En lugar de ser el indulto la inejecución de lo dispuesto en sentencia,

podría convertirse en un incidente de ejecución de la sentencia misma, mediante la sustanciación del expediente jurisdiccional de indulto.

La ejecución de la sentencia no siempre implica llevar a puro efecto los pronunciamientos que en la misma se establecen. En los trámites de la ejecución de las sentencias condenatorias, operan institutos regulados en la ley penal –suspensión⁶¹⁵, sustitución⁶¹⁶, suspensión y remisión⁶¹⁷, libertad condicional⁶¹⁸- e incluso los previstos la legislación penitenciaria –beneficios penitenciarios⁶¹⁹-, que no son el textual cumplimiento de la pena prevista en la sentencia, sino aplicación de la previsión de la ley, bien en trámites de ejecución, bien antes de que se inicie ésta, una vez se ha dictado la sentencia condenatoria y ésta es firme.

⁶¹⁵ Art. 80, Código Penal: “1. Los jueces o tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años mediante resolución motivada”

⁶¹⁶ Art. 88, Código Penal: “1. Los jueces o tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, y en los casos de penas de prisión que no excedan de seis meses, también por localización permanente, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente. En estos casos el Juez o Tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de este Código, de no haberse establecido como penas en la sentencia, por tiempo que no podrá exceder de la duración de la pena sustituida”

⁶¹⁷ Art. 85, Código Penal: “2. Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber delinquido el sujeto, y cumplidas, en su caso, las reglas de conducta fijadas por el juez o tribunal, éste acordará la remisión de la pena”

⁶¹⁸ Art. 90, Código Penal: “1. Se establece la libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurren las circunstancias siguientes: a) Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario; b) Que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta. c) Que hayan observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria”

⁶¹⁹ Art. 46, Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, y Título VIII del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario

Conforme prevé el art. 990 LECrim.⁶²⁰, la forma y tiempos de ejecución de las penas son las que prevé el Código Penal y los reglamentos, siendo la misión del órgano jurisdiccional “*a quien el presente Código impone el deber de hacer ejecutar la sentencia*” adoptar las medidas necesarias a tal efecto. Puede, por tanto, la ley penal determinar la previsión sobre la tramitación y, en su caso, otorgamiento del indulto, como trámite previo al efectivo cumplimiento de la pena, mediante una pieza incidental y en expediente jurisdiccional.

Nada impediría –en términos de límites constitucionales– que con una nueva regulación del ejercicio del indulto, el trámite para la concesión o denegación del indulto se sustanciase como expediente jurisdiccional, tanto en el trámite incidental en ejecución de sentencia, o bien previo al inicio de la ejecución. Con el inicio del expediente –con la solicitud de la concesión del indulto–, éste se impulsaría por el órgano jurisdiccional que dictó la sentencia condenatoria que, en pieza separada, incorporará los documentos necesarios para su remisión a la Sala Especial de *gracia* del Tribunal Supremo, que deberá resolver sobre el indulto.

Con la propuesta que planteada, la incidencia del indulto en el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales –ex art. 24 CE– se quedaría limitada al no cumplimiento de lo dispuesto en sentencia en sus propios términos. Pero la mutación del contenido condenatorio de la sentencia, estaría determinado en norma con rango de ley y sería ejecución misma

⁶²⁰ “*Las penas se ejecutarán en la forma y tiempo prescritos en el Código Penal y en los reglamentos. Corresponde al Juez o Tribunal a quien el presente Código impone el deber de hacer ejecutar la sentencia adoptar sin dilación las medidas necesarias para que el condenado ingrese en el establecimiento penal destinado al efecto, a cuyo fin requerirá el auxilio de las Autoridades administrativas, que deberán prestárselo sin excusa ni pretexto alguno. La competencia del Juez o Tribunal para hacer cumplir la sentencia excluye la de cualquier Autoridad gubernativa hasta que el condenado tenga ingreso en el establecimiento penal o se traslade al lugar en donde deba cumplir la condena*”

de la resolución judicial, acordada por los órganos jurisdiccionales. Si la ley prevé la alteración del cumplimiento de la pena impuesta en fase de ejecución de la sentencia, tal alteración no afectaría al núcleo esencial del derecho a la tutela judicial efectiva.

2.5.- La determinación de elementos reglados

Atendida la naturaleza graciable del indulto, y que su fiscalización solo se puede realizar respecto a sus elementos reglados, la disfunción que el *derecho de gracia* implica para el principio de seguridad jurídica, sólo cabe minorarla con una mayor amplitud en la determinación normativa de los elementos reglados, a través de su positivización.

La concreción de tales elementos, podría efectuarse:

1.- Respecto al sujeto que solicita el indulto: mediante una relación de las circunstancias personales que necesariamente deben concurrir en el mismo para ser beneficiario de la *gracia*. Tales circunstancias se deben referenciar, tanto en las ya previstas en el art. 25 de la vigente Ley de indulto –*“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 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”- como en los criterios finalistas de la pena del art. 25.2 CE.

A estos efectos, serían de consideración las pautas que objetivamente se pudiesen establecer sobre la efectiva reeducación y reinserción social del potencial beneficiario del indulto. La legislación penitenciaria ofrece pautas para tal apreciación -Título VIII del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario- pero para la concreción de las mismas podría plantear como requisito de admisión a trámite de la petición de indulto –o bien para su otorgamiento- que el condenado se encuentre reeducado y reinsertado socialmente, o bien se encuentre en disposición de tal reinserción –sirva para ello, por ejemplo, el criterio de peligrosidad del sujeto, reincidencia, causas pendientes de instrucción o juicio, tiempo transcurrido desde el último hecho punible, arraigo social, trabajo, familia, personas que dependen económicamente del condenado- y que muestre efectivo arrepentimiento sobre los hechos cometidos –cumplimiento de las responsabilidades civiles impuestas en sentencia, reparación del daño causado-.

2.- Respecto a los hechos por los que resultó condenado: mediante la determinación de la imposibilidad jurídica de dictar una sentencia más leve, una vez se establecidas en ésta todas las atenuantes concurrentes en la comisión del delito a efectos de establecer el exceso de la pena o el castigo de una acción que objetivamente, no merece el efecto previsto en la norma penal, según dispone el art. 4.3 Código Penal. Deberán así ser objeto de concreción los elementos que conducen a plantear que la pena

resulta desproporcionada respecto al delito cometido y sujeto comitente, siendo de utilidad al efecto que no concurren circunstancias agravantes en la comisión del delito del art. 22 del Código Penal⁶²¹, en la medida que éstas advierten de un *plus* de intencionalidad dolosa.

Igualmente, y advertido que el rechazo social a determinados delitos no es constante sino, por el contrario, se muestra mutable según el sentir de los tiempos y la sociedad en que se explicita tal rechazo, deberán ser objeto de exclusión en una ley de indulto los delitos que causen mayor repulsa en la conciencia colectiva (*V.gr.*, los delitos relacionados con la corrupción política) o los que generen mayor alarma social (sirviendo, al efecto, la doctrina jurisprudencial sobre el concepto alarma social que el Tribunal Supremo ha elaborado, por ejemplo, en las decisiones sobre la procedencia de la prisión provisional).

Asimismo, y atendida la mutabilidad del rechazo social sobre los delitos que lo causan, la exclusión por ley de los delitos susceptibles de indulto puede adaptarse a la nueva realidad mediante la acción del legislador,

⁶²¹ Art. 22, Código penal: “Son circunstancias agravantes:

1ª Ejecutar el hecho con alevosía.

Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que

2ª Ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente.

3ª Ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa.

4ª Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad.

5ª Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito.

6ª Obrar con abuso de confianza.

7ª Prevalerse del carácter público que tenga el culpable.

8ª Ser reincidente.

Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza”

adecuando la previsión de exclusión a la nueva sensibilidad social. Con el sometimiento regular al legislador, la institución del indulto podrá ser actualizada y revisada por el Parlamento incidiendo en las facultades de control por parte del Legislativo del *derecho de gracia* y en su adaptación a la voluntad democrática del pueblo.

3.- Respecto a los criterios de justicia, equidad y utilidad pública: desde la necesaria concreción de elementos pautados que se ha apuntado, la aplicación de los criterios de justicia, equidad y utilidad pública para la decisión sobre el otorgamiento o denegación del indulto se situaría en el ámbito de lo discrecional, desde una nueva calificación de la naturaleza jurídica de la decisión sobre el indulto excluyendo con ello la naturaleza graciable –total o parcialmente–, que actualmente se predica sobre ésta.

A ello puede contribuir, en la hipótesis de nueva regulación, la adopción de los principios ya aplicados por los órganos jurisdiccionales, sobre los criterios de justicia, equidad y utilidad pública, y que constan utilizados en los informes que sobre el indulto evacúa el tribunal sentenciador, y previstos en el art. 25, Ley de 1870, así como los acuerdos para proponer el indulto del art. 4.3 CP. La propuesta pasaría por positivizar tales criterios de concreción en la ley reguladora del ejercicio del indulto para convertirlos en elementos reglados⁶²².

⁶²² Bernabé Herrero, efectúa un análisis de las razones que utilizan el Tribunal Supremo y demás órganos judiciales para proponer el indulto :

“- *Atenuación de algunos tipos delictivos por considerar excesiva la pena (Tribunal Supremo, acuerdo no jurisdiccional de 25 de octubre de 2005)*

- *Cadena perpetua, en penas no acumulables que excedan de 30 años o con la suma de las penas de diversas causas (Sentencias Tribunal Supremo de 23 de enero de 2000, 7 de marzo y 18 de mayo de 2001)*

- *Falta de equidad de las reglas del artículo 61 del Código penal (Sentencias Tribunal Supremo de 25 de junio de 1963 y 20 noviembre 1964)*

-
- Por motivos de proporcionalidad entre hecho y consecuencia jurídica al no aplicarse por el Tribunal sentenciador el delito continuado cuando legalmente podría haberse aplicado (Sentencia Tribunal Supremo 751/1999, de 11 de mayo)
 - Verdadero remedio jurídico para templar por razones de equidad el rigor de la Ley (Sentencia Tribunal Supremo de 14 marzo de 1979)
 - Limitaciones dogmáticas de la jurisprudencia (Sentencia Tribunal Supremo de 20 diciembre 1950)
 - Corrección de la desproporcionalidad entre gravedad del hecho y culpabilidad del autor (Sentencia Tribunal Supremo 845/1999, de 16 de julio), o de la relación de delitos como bien jurídico protegido (Sentencia Tribunal Supremo 1105/2003, de 24 de julio)
 - Buena conducta, carencia de antecedentes penales y, hallarse rehabilitado (Sentencias Tribunal Supremo de 20 octubre de 1962 y de 30 enero 1992)
 - Falta de peligrosidad (Sentencias Tribunal Supremo de 28 octubre 1962, 6 noviembre 1964 y 10 junio 1967)
 - Problemas de prueba, como la duda sobre el exceso de sanción debida a las circunstancias “sobradamente oscuras del hecho y a la fragilidad de la prueba indiciaria” (Sentencia Tribunal Supremo de 30 octubre 1961)
 - Ineficacia frecuente de la ficción del delito continuado (Sentencia Tribunal Supremo de 19 diciembre 1961)
 - Escaso grado de malicia que revelan los hechos (Sentencias Tribunal Supremo de 1 diciembre 1935 y 17 noviembre 1965)
 - Ínfimo daño o cuantía inferior del perjuicio (Sentencias Tribunal Supremo 12 enero 1935 y 20 noviembre 1947)
 - Compatibilización de exigencias de justicia formal con justicia material al no ser posible aplicar nueva jurisprudencia a hechos ya enjuiciados
 - La avanzada edad y buenos antecedentes del reo (Sentencia Tribunal Supremo de 16 enero 1940)
 - La ausencia de grave peligro para la salud pública (Sentencia Tribunal Supremo de 16 enero 1935)
 - Las condiciones éticas del procesado
 - La inseguridad de la incapacidad que sufriera la víctima (Sentencia Tribunal Supremo de octubre 1935)
 - La condición de extranjero del procesado (Sentencia Tribunal Supremo de 13 julio 1956)
 - Juventud y corta edad, ausencia de antecedentes, grado de malicia y daño causado por el delito (Sentencias Tribunal Supremo de 8 junio 1961, 12 diciembre 1962, 8 abril 1964, 23 septiembre 1966, 6 mayo 1967 y 3 mayo 1968 y 10 diciembre 1991)
 - La edad avanzada -condenado de 72 años de edad- (Sentencia Tribunal Supremo de 27 enero 1963)
 - Principio de humanidad -razones de salud del penado-
 - Ética cristiana y la caridad (Sentencia Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1969)
 - La modesta condición social (Sentencia Tribunal Supremo de 3 mayo 1968)
 - La falta de correspondencia entre lo perseguido por la voluntad y lo realmente acaecido (Sentencias Tribunal Supremo de 14 noviembre 1963, 25 junio 1963 y 5 diciembre 1968)
 - Sinceridad del reo ante la Policía (Sentencia Tribunal Supremo de 19 noviembre 1961)
 - Su filial obediencia a órdenes maternas para presentarse a la autoridad (Sentencia Tribunal Supremo de 19 diciembre 1961)
 - Tener que separar al reo de cuidados familiares que le son necesarios por su avanzada edad (Sentencia Tribunal Supremo de 28 noviembre 1961)
 - No cumplir las funciones de ejemplaridad y de reinserción social del culpable, que son fines justificantes de la sanción (Sentencia Tribunal Supremo de 5 marzo 1993)
 - Por razones de equidad derivadas de la cercanía a la supresión del servicio militar obligatorio (Sentencia Tribunal Supremo de 9 abril 2001)
 - Escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del culpable (Acuerdo de 25 de octubre de 2005 de la Sala 2ª del Tribunal Supremo sobre la conveniencia de modificar la redacción del actual 368 del C.P., en el sentido de añadir un segundo párrafo al artículo 368)

La trascendencia de tal propuesta advierte de su virtualidad en cuanto a la afección actual del indulto en el principio de seguridad jurídica, en la medida que la decisión a adoptar sobre el indulto tenga su referencia en elementos objetivizados, respecto a pautas y criterios también establecidos en la ley. La conversión de un acto graciable en un acto discrecional, que conllevaría la posibilidad de su fiscalización en sede jurisdiccional.

En definitiva, se trataría de objetivizar todos los elementos que deberán determinar la concesión del indulto y positivizarlos en la ley reguladora de su ejercicio: tanto los que puedan determinar la concurrencia de justicia y equidad como los que configuren la aplicación del criterio de utilidad pública. La positivización de estos requisitos, determinaría que la excepción de los principios constitucionales que determina el indulto –habilitada por el constituyente–, se fundaría en la justicia material que permite el encaje constitucional del indulto en el Estado de Derecho, normativizándolo, a fin de evitar las disfunciones de los principios de seguridad jurídica, legalidad, imperio de la ley e interdicción de la arbitrariedad.

2.6.- Exigencia de motivación del indulto

El alejamiento del indulto respecto a su actual naturaleza graciable y su consecuente acercamiento a su consideración como acto discrecional se

-Paliar las nocivas consecuencias personales, familiares, psicológicas o de recaída (Sentencia Tribunal Supremo 29 de abril de 1994)

- Y las Dilaciones indebidas del procedimiento, como motivo más recurrente” Herrero Bernabé, I., “El Derecho de Gracia : Indultos”, ob. cit., págs. 364 a 368

debe igualmente explicitar en la necesidad de motivación del acto que concede o deniega el indulto. La motivación es una exigencia de todos los actos de los poderes públicos, y la exclusión nominal de la misma en la Ley de indulto de 1870 –por modificación de art. 30 en Ley 12/1988–, debe llevar a que, en esta propuesta *lege ferenda*, la motivación resulte un requisito del acto de ejercicio de la potestad de indultar, fundada en elementos objetivos constatados en el expediente.

Tal motivación es imperativo del art. 9.3 de la Constitución, que prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos, pero también es garantía del principio de seguridad jurídica y certeza del ordenamiento, y permite un control del ejercicio del indulto desde el principio de igualdad jurídica, ex art. 14 CE.

2.7.- Participación del Rey y refrendo del Presidente del Gobierno

El Rey deberá participar en el acto de exteriorización de la voluntad del órgano del Estado que tiene que decidir el otorgamiento del indulto. Tal misión puede, o no, compartir la naturaleza de la función prevista en el art. 62.f) CE “*Expedir los decretos acordados en el Consejo de Ministros*”, que, la Ley de indulto de 1870, prevé como materialización del ejercicio del *derecho de gracia* por parte del Rey, en su art. 30: “*La concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en Real Decreto que se insertará en el Boletín Oficial del Estado*”.

La participación del Rey en el ejercicio de la *prerrogativa de gracia* por la intervención en un acto del Ejecutivo, es una de las posibilidades de tal

ejercicio, pero no la única. Los requisitos que la Constitución establece respecto a la validez de los actos del Rey en el ejercicio de sus funciones son los que se desprenden del art. 64 CE: la necesidad de refrendo, el cual debe ser realizado por el Presidente del Gobierno y, en su caso, por los ministros competentes.

Nada obstaría a que la concesión de un indulto fuese un acto emanado de un órgano jurisdiccional –Sala especial de *gracia*, Tribunal Supremo, que proponemos-, y que tal resolución fuese formalmente acordada por el Rey con refrendo del Presidente del Gobierno como sujeto refrendante según prevé el art. 64 CE. La relación de funciones que establece el art. 2.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, respecto al Presidente del Gobierno, permite el correcto encaje jurídico del refrendo otorgado por éste, desde la dicción de su apartado h): “*Refrendar, en su caso, los actos del Rey y someterle, para su sanción, las leyes y demás normas con rango de ley, de acuerdo con lo establecido en los artículos 64 y 91 de la Constitución*”. No se exige que la decisión material del acto del Rey que ha de refrendar el Presidente del Gobierno sea competencia del Presidente. Sólo que los actos del Rey deberán estar refrendados por él –salvo en los supuestos en los que el sujeto refrendante sea el Ministro competente-.

Y si el refrendo por parte del Ministro requiere de la competencia de tal Ministro respecto al acto del Rey –según rezan el art. 64 CE y el art. 4.1, apartado d) de la Ley del Gobierno-, cabe concluir que aquellos actos que no son de la competencia de un Ministro, deberán ser refrendados por el Presidente del Gobierno, atendida la inexistencia de exigencia de tal competencia específica del Presidente del Gobierno sobre la materia que es objeto de refrendo.

A ello debe añadirse que la posibilidad de intervención del Rey en una resolución judicial, cabe entenderla implícita en la proclamación del art. 117.1 CE: “*La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey*”. La resolución de concesión del indulto puede ser otorgada por el Rey formalmente, como resultado de la propuesta del órgano judicial, y firmada por éste, y refrendada por el Presidente del Gobierno.

De esta forma, deberá ser el Presidente del Gobierno quien refrende el acto de otorgamiento de indulto que formalmente realizará el Rey, sobre la propuesta de concesión del indulto del órgano jurisdiccional que, en términos *lege ferenda*, se plantea: Sala especial de *gracia* del Tribunal Supremo.

2.8.- Consideraciones finales

La propuesta que se efectúa, implicaría la reforma de la LOPJ, para que se determinase la creación y funciones de la Sala especial de *gracia* del Tribunal Supremo; también la LECrim., para contemplar expresamente en su art. 990, a la ley reguladora del ejercicio del indulto como norma prescriptiva de los tiempos y formas de la ejecución de las penas, y para que se estableciese la tramitación del expediente jurisdiccional para la concesión o denegación del indulto como incidente en fase de ejecución de la sentencia. Y la adaptación del art. 4.3 del Código Penal respecto a la referencia al Gobierno en la exposición sobre la conveniencia para la concesión de indulto, que deberá efectuarse respecto a la Sala especial de *gracia* del Tribunal Supremo.

Igualmente, cabría plantear la posibilidad de que la resolución judicial de la Sala especial de *gracia* del Tribunal Supremo, pudiese ser recurrida, en cuanto a la fiscalización del cumplimiento de los elementos reglados, por vía de un recurso especial ante el pleno de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo. Para ello, debería preverse dicho recurso en la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa o bien en la LOPJ, determinándose los motivos susceptibles de ser invocados para la admisión de tal recurso especial.

Las previsiones sobre la Ley de 1870 respecto a la legitimación para la solicitud de indulto, informes del tribunal sentenciador y de conducta del penado, del Capítulo III, cabría ser integradas en la nueva ley que se propone. Al igual que los requisitos del Capítulo I sobre quienes pueden ser indultados –con las adiciones expuestas sobre elementos reglados-, y las del Capítulo II, sobre las clases y efectos de los indultos.

Cuando antecede se presenta asumiendo la necesidad de una nueva regulación del *derecho de gracia* que, doctrinal y jurisprudencialmente, resulta de invocación constante. El Parlamento, igualmente, ha recibido diferentes propuestas formuladas por algunos grupos parlamentarios, interesando un replanteamiento de la ley reguladora del ejercicio de la *gracia* del indulto. Unas, proponiendo la necesidad de motivación; otras, excluyendo algunos delitos cuyo rechazo social hace improcedente que sean indultados.

Las soluciones para la adecuación del *derecho de gracia* a los principios constitucionales pueden ser varias. La misión constitucional de juzgar y ejecutar lo juzgado, permite la atribución competencial al poder Judicial del *derecho de gracia*. También lo sería, sin merma en la naturaleza de la

gracia, que la excepción en la aplicación de las normas penales, en lo referente a sus efectos, fuese una facultad del poder Legislativo, pues de él emanan la norma y, por tanto, de él podrían emanar sus excepciones. O la coparticipación de los diferentes poderes a través de sus órganos⁶²³, o incluso una atribución competencial a otros órganos constitucionales, puesto que la esencia de la *gracia* no se encuentra en el órgano que la acuerda, sino que se le pueda llegar a atribuir la capacidad de expresar la voluntad del Estado soberano para ejercer el perdón. Pero siendo lo esencial la expresión de perdón del Estado, su manifestación deberá ser coherente con los principios constitucionales.

La nueva regulación del ejercicio del *derecho de gracia* no es una simple opción del legislador. Es una necesidad de trascendencia constitucional pues la actual regulación del *derecho de gracia* infringe la Constitución. Y cuanto ha quedado expuesto, en definitiva, sirve para afirmar que es posible una nueva regulación del indulto, materialmente constitucional.

⁶²³ Sobre la participación de diferentes órganos del Estado en órganos colegiados, el art. 38 LOPJ prevé la resolución de los conflictos de jurisdicción entre juzgados y administración, mediante la creación de un órgano colegiado que está formado por Magistrados del Tribunal Supremo y Consejeros permanentes de Estado: “Los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados o Tribunales y la Administración serán resueltos por un órgano colegiado constituido por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por cinco vocales, de los que dos serán Magistrados de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, designados por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, y los otros tres serán Consejeros Permanentes de Estado, actuando como Secretario el de Gobierno del Tribunal Supremo”. La posibilidad de que la Sala especial de *gracia* del Tribunal Supremo -que se propone en esta Tesis- pueda igualmente contar algunos miembros no pertenecientes a la Magistratura —y en particular, miembros del Consejo de Estado- sería perfectamente admisible, salvo en lo referente a la actuación jurisdiccional en la que pretendemos enmarcar el ejercicio del *derecho de gracia*, pues dicho órgano mixto no compartiría la naturaleza estrictamente jurisdiccional por la que abogamos, y que resulta, a nuestro juicio, esencial para el pleno respeto de las funciones atribuidas en la Constitución al poder judicial, en lo afectante al “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”. Igualmente, con tal solución mixta, el derecho fundamental a la ejecución de las resoluciones judiciales seguiría parcialmente afectando en su núcleo esencial ya que, desde nuestro criterio, solo a los órganos jurisdiccionales le es dable la ejecución de lo resuelto como contenido de su función jurisdiccional, y ésta debe situarse en el ámbito del proceso, aun en vía incidental de ejecución.

CAPÍTULO XI

CONCLUSIONES

Se pueden establecer como conclusiones fundamentales las siguientes:

A.- El derecho de gracia en la Constitución de 1978

1.- La Constitución prevé el *derecho de gracia* como una función del Rey en el art. 62.i) CE. La admisibilidad constitucional del *derecho de gracia*, atendida su afección a los principios constitucionales, sólo cabe desde su constitucionalización. Pero la simple mención del *derecho de gracia* –en los términos del art. 62.i)- no cumple la totalidad de las previsiones que debería contener la Constitución respecto a éste. En consecuencia la ley que debe regular el ejercicio del *derecho de gracia*, tiene que suplir las carencias que se advierten desde la parquedad del textual del art. 62.i) respecto a cuestiones fundamentales de la institución de la *gracia*.

2.- La regulación contenida en la Ley de indulto 1870 es el complemento de la previsión del art. 62.i) CE sobre los elementos nucleares del *derecho de gracia* que la Constitución omite. Un contenido que, no obstante, no es inmutable, ya que, de pretenderse tal inmutabilidad, habría sido el constituyente quien hubiese determinado los principios esenciales de la

institución. Los elementos indisponibles para el legislador ordinario, para regular el ejercicio del *derecho de gracia* por previsión constitucional, son la prohibición de indulto general y participación del Rey en su ejercicio.

Pero también son elementos intangibles, que deben ser respetados por el legislador ordinario, aquellos que determinan ser el núcleo esencial de la *gracia*, en la medida que el constituyente ha partido de su reconocimiento implícito al constitucionalizarla. Y el pleno respeto al contenido material de la Constitución, en la regulación de los elementos de la *gracia* que no se adviertan esenciales para la naturaleza de la institución.

B.- El derecho de gracia y los derechos fundamentales

3.- El *derecho de gracia* no determina una afección en el núcleo esencial del derecho fundamental a la libertad personal del art. 17 CE, sino que exime de la restricción de tal derecho prevista por la ley penal. El *derecho de gracia*, respecto a la libertad personal, es una cuestión incidental que afecta a la norma penal y la restringe, pero no a los elementos necesarios del derecho fundamental. La concesión de un indulto, como ejercicio del *derecho de gracia*, permite mantener inalterado el contenido del derecho fundamental pues deja sin efecto sus restricciones. Es por ello el *derecho de gracia* inocuo para el ejercicio del derecho a la libertad personal, pese a que afecta al valor libertad en cuanto es limitativo de la ejecución de la restricción de la libertad.

4.- El *derecho de gracia* supone una afección del contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, en su vertiente como derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, por cuanto impide el cumplimiento de lo que dispone la sentencia firme. Con el otorgamiento del indulto la pena impuesta en resolución judicial dejará de cumplirse por remisión de la pena y la extinción de la responsabilidad penal al devenir en inexistente tal responsabilidad, que impide que pueda ser exigida. Se trata de una renuncia del Estado al derecho de castigar, que traslada la decisión al ámbito de ejecución de la resolución judicial, dejándola sin efecto y sin posibilidad de su ejecución.

La afección del *derecho de gracia* al contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, deviene de la propia naturaleza del *derecho de gracia*. Es una disfunción constitucionalizada, y la ley que lo regula desarrolla normativamente tal disfunción pues la institución del indulto se reconoce en la Constitución para tales efectos. El *derecho de gracia* es esencialmente el incumplimiento de la pena impuesta en una sentencia firme.

5.- El *derecho de gracia* incide en el ejercicio del derecho fundamental a la legalidad penal contenido en el art. 25.1 CE, respecto a la exigencia de *lex certa* –la cual es una manifestación del principio de seguridad jurídica y de certeza del ordenamiento del art. 9.3 CE, en el ámbito penal-, y de forma particular, en los efectos pretendidos por la norma penal en tanto se atribuye una pena concreta a un hecho típico. El principio de tipicidad penal –que el legislador recoge en los arts. 1.1 y 10 del Código Penal– se encontraría afectado por el ejercicio de la *gracia* del indulto, en cuanto a la pena aplicable –que igualmente se contempla en el art. 2.1 del Código

Penal- en la medida que la taxatividad de la norma penal pierde toda su virtualidad respecto a la sanción prevista. Tal incidencia en sí misma, no determina una afección a las exigencias materiales y formales del derecho fundamental aunque la norma penal pierde toda virtualidad por devenir en ineficaz.

6.- El *derecho de gracia* está vinculado por los principios orientadores de la pena que establece el art. 25.2 CE. Los criterios constitucionales de “reeducación y reinserción social” deberán orientar el *derecho de gracia*, tanto para su concesión -si el condenado hubiese conseguido tales fines, como prevé el Reglamento penitenciario-, como para su denegación -si el indulto malogra dichos fines-, pues la *gracia* no puede producir el efecto contrario al que se pretende con el cumplimiento de la pena privativa de libertad ya que, de ser así, estaría vulnerando el interés público inherente a la reinserción del condenado, infringiendo los principios del art. 25.2 CE que obligan por su carácter normativo, a todos los poderes públicos. Y con ello se cohonestaría las exigencias de la finalidad de la pena con su perdón.

C.- El derecho de gracia y la reserva de ley orgánica

7.- El *derecho de gracia* incide en los derechos fundamentales y libertades públicas de la Sección I, Capítulo I, Título I, de la Constitución y, respecto al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ex art. 24.1 CE, tal incidencia se produce en su contenido esencial. El *derecho de gracia* se

encuentra en el supuesto del art. 81.1 de la Constitución por tal afección, y por tanto, exige ley orgánica para su regulación.

8.- El ejercicio del *derecho de gracia* supone la excepción particular, en un supuesto concreto, de la aplicación de la norma penal. Sin embargo, la ley que regula el *derecho de gracia* determina una norma general en la que se habilita la excepción de la ley penal. Las normas contenidas en la ley que regula el ejercicio del indulto son una determinación normativa expresa de las excepciones a la ley penal. Y la excepción de una norma por otra norma, debe compartir la naturaleza y el rango de la norma que se excepciona, esto es, ley orgánica.

El *derecho de gracia* debe estar regulado mediante una ley orgánica, pues afecta a la materia penal, a la cual la Constitución reserva a ley orgánica. De no ser así, la ley ordinaria dejaría sin efecto las previsiones contenidas en una ley orgánica, sobre materias reservadas a ley orgánica.

9.- El carácter preconstitucional de la Ley de indulto de 1870 no es un criterio que determine su inconstitucionalidad, sólo por el hecho de no revestir forma de ley orgánica. La validez de la norma preconstitucional, descansa en el carácter normativo de la Constitución, que desplaza todas las normas que la contradigan por su posición jerárquica superior en el ordenamiento, y en su disposición derogatoria que, en términos expresos, determinan tal derogación. Sin embargo la inexistencia del cumplimiento de los requisitos formales de la ley orgánica por ser una ley anterior a la Constitución no puede implicar la inexistencia de las garantías materiales que contiene la Constitución, por lo que, caso de inadecuación material

de la norma preconstitucional, ésta no desplegará efecto alguno por su automática derogación.

No se puede exigir de manera retroactiva la reserva de ley orgánica para anular disposiciones reguladoras de unas materias respecto de las cuales tal reserva no existía de acuerdo con el derecho anterior, especialmente si la ley respetó el sistema de creación jurídica vigente en el momento de su promulgación. Pero la Ley de indulto de 1870, aunque no incurre en un vicio de inconstitucionalidad por no revestir la forma de ley orgánica, no se puede asimilar a una ley orgánica, ni ser investida de tal carácter, por lo que *“el legislador, para dar cima al desarrollo de la Constitución, habrá de confeccionar y elaborar esa Ley Orgánica”*, según así considera el Tribunal Constitucional.

10.- La Ley 1/1988 de 14 enero, que modificó la Ley de indulto de 1870, no cumplió la garantía formal de ley orgánica que exige el art. 81.1 CE. La ley modificativa fue aprobada en Comisión legislativa y no por el Pleno del Congreso, y no siguió los trámites del art. 81.2 CE, sino que se tramitó y aprobó como una ley ordinaria. En la medida que la ley que modificó la Ley de indulto de 1870 afectaba previsiones normativas de una ley cuyo contenido material estaba reservado a ley orgánica, debía haber seguido los trámites del art. 81.2 CE. De ello cabe extraer la inconstitucionalidad de la Ley 1/1988, 14 enero, por la que se modifica la Ley 18 junio 1870, estableciendo reglas para el ejercicio de la *gracia* de indulto.

D.- Contenido y manifestaciones del derecho de gracia

11.- La ley reguladora del indulto, tiene como misión constitucional la de determinar la insoslayable participación del Rey en la concesión –no en su denegación pues no es parte del ejercicio del *derecho de gracia*- y de qué modo articula la participación del Rey. Junto a tal contenido, existen unos elementos fundamentales que están implícitos en el reconocimiento constitucional del *derecho de gracia*: determinación del poder del Estado que ostentará la potestad material de otorgar el indulto; el procedimiento a seguir y los órganos competentes para ello; y los dos elementos que menciona el art. 62.i) CE, que necesitan conceptualización: el *derecho de gracia* y el indulto general.

12.- El indulto general se caracteriza por los siguientes elementos: a) Su carácter genérico, indeterminado respecto a los sujetos beneficiarios del mismo; b) No requiere de la previa declaración de responsabilidad penal en sentencia firme; c) No supone la derogación transitoria de la norma penal; d) No se fundamenta en la justicia y la equidad.

13.- El indulto es admisible como manifestación del *derecho de gracia* en la Constitución, siempre que no comparta los elementos definitorios del indulto general. Las pautas para la admisibilidad del indulto son: a) Ser beneficio individualizado, sobre un sujeto determinado y respecto a unas circunstancias concretas; b) Solo opera respecto a penas establecidas en sentencia condenatoria firme; y c) Debe fundarse en razones de justicia, equidad y utilidad pública.

14.- El indulto está determinado por las características siguientes: 1) Es expresión de la soberanía del Estado; 2) Es compatible con el Estado de Derecho, siempre que se someta a la ley y al principio de legalidad, y se ejerza restrictivamente y de forma excepcional; y 3) Es una institución finalista, y solo es admisible si tiende al cumplimiento de una finalidad constitucional: la consecución de la justicia, en supuestos concretos.

15.- La amnistía tiene encaje en la Constitución. Por una parte, atendida su naturaleza legislativa, carece de un límite expreso a los efectos de su aprobación como un acto legislativo, pues sus únicos límites derivan del texto constitucional, por lo que es admisible como norma que deroga a la ley penal, de forma transitoria, y con efectos retroactivos. Por otra parte su conceptualización histórica como manifestación del *derecho de gracia*, no ha sido excluida de forma expresa por el constituyente –sí lo ha hecho respecto al indulto general- y permite entender que la constitucionalidad del *derecho de gracia* del art. 62.i), avala la compatibilidad constitucional de la amnistía. Una interpretación integradora de la amnistía a partir de las referencias que la Constitución realiza sobre la prerrogativa de *gracia* permite entender que la amnistía, no sólo no está expresamente excluida del instituto graciable –como determina la tradición jurídica en España-, sino que es la manifestación legislativa de tal prerrogativa.

16.- Aunque el art. 62.i) CE utiliza el término *derecho de gracia*, referido a las funciones del Rey, el art. 78.3 el término prerrogativa de *gracia* en relación con el poder Legislativo –como exclusión de la iniciativa popular e implícitamente como materia susceptible de integrar norma con rango de ley- y el art. 102. 3 el término prerrogativa real de *gracia* para excluir

la *gracia* a los miembros del Ejecutivo, no son diferentes manifestaciones constitucionales de la *gracia* sino que explicitar las diferentes formas de nominar a un mismo instituto. La utilización de los términos “derecho” y “prerrogativa” resultan ajenos a la naturaleza de la *gracia* en el Estado constitucional. Son una referencia al origen histórico de la institución, de las cuales no pueden extraerse consecuencias jurídicas diferentes a la conceptualización de la *gracia* en la Constitución.

17.- El indulto se justifica en el Estado de Derecho en la justicia material en contraposición con la norma penal cuando ésta genera situaciones de injusticia. La aplicación de la justicia material no es un terreno vedado a los órganos jurisdiccionales, pues es un criterio hermenéutico utilizado en todos los órdenes e instancias. Si son los órganos jurisdiccionales los que tienen la misión de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y administrar justicia, tal misión no es incompatible con la aplicación de tales criterios de justicia y equidad a efecto de ostentar la facultad de indultar. Puesto que la concreción de la justicia al caso concreto –aun contra el tenor de la norma penal- ya se encuentra en el propio art. 4.3 del Código Penal y la jurisprudencia considera admisible que los juzgados y tribunales, en su misión jurisdiccional, apliquen la justicia material en la resolución del asunto concreto –desde el valor de la justicia del art. 1.1. CE-.

E.- Disfunciones constitucionales del *derecho de gracia*

18.- El indulto no determina ser una disfunción del principio de igualdad jurídica del art. 14 CE, en la medida que la invocación del principio de

igualdad en la aplicación de la ley requiere de la necesaria consideración de existencia de una previa situación jurídica que determine la génesis de un derecho o interés legítimo jurídicamente protegido susceptible de invocación y que, con él, se pueda establecer un término de comparación en el cual residenciar la infracción del derecho a la igualdad jurídica. Y en el indulto, no existe tal presupuesto previo, pues no existe un derecho a obtener el indulto.

Además en la invocación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley se exige aportar un elemento de contraste adecuado que determine la posibilidad de valorar la diferencia en la aplicación de la ley, respecto a casos iguales. Y en materia de indulto no pueden existir dos casos iguales pues deberían concurrir las mismas exigencias de justicia, de equidad y de utilidad pública en los dos supuestos, que permitan el adecuado juicio de contraste. La justicia se valora respecto a la aplicación de la norma penal desde la determinación de las circunstancias del delito, personales, pena impuesta y daño causado, para establecer lo que es materialmente justo. Y en tal misión, resulta virtualmente imposible advertir que puedan existir dos supuestos idénticos, a la luz de la justicia aplicable al caso concreto, con identidad absoluta en tales elementos valorativos.

19.- El indulto no implica por naturaleza una disfunción del principio de interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 CE. La arbitrariedad del acto de concesión del indulto no es parte de la naturaleza esencial del *derecho de gracia*. Ésta se plantea cuando la decisión del titular de la potestad de otorgarlo no tiene una justificación razonable. La decisión adoptada no tiene que ser la única posible, y ni tampoco la preferible en cuanto a su

racionalidad, ni la más acertada ni necesariamente la más justa, sino tan sólo que responda a cánones de la lógica jurídica.

El ejercicio del indulto es un acto de un poder público, cuyo contenido material no está reglado ni se encuentra sometido en cuanto a la decisión a adoptar a previas imposiciones normativas. No obstante, la existencia de elementos reglados en cuanto a la forma y génesis del acto y en cuanto a las finalidades que debe alcanzar, exigen que el indulto deba cumplir con unas premisas que –sin afectar a su contenido decisorio– se articulan para su afirmar la admisibilidad constitucional so pena de incurrir en la interdicción de la arbitrariedad que preceptúa el art. 9.3. CE.

20.- El indulto supone una disfunción constitucionalizada del principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE:

a.- Por afectar a la norma penal: el *derecho de gracia* incide en el ámbito de exigencia de *lex certa* –como manifestación del principio de seguridad jurídica y de certeza del ordenamiento del art. 9.3 CE, en el ámbito penal-. Afecta a la penalidad y, particularmente, a los efectos pretendidos por la norma que atribuye una pena concreta a un hecho típico. El principio de tipicidad penal se ve afectado por el ejercicio de la *gracia* del indulto, en cuanto a la pena aplicable; la taxatividad de la norma penal pierde toda su virtualidad respecto a la sanción prevista. La modificación de la previsión punible de la ley penal supone que la norma pierde su eficacia por inaplicación de la pena prevista.

b.- Por afectar a la ejecución de las sentencias firmes: 1) como un derecho fundamental, del art. 24.1 CE, respecto a la efectividad de la sentencia y, en particular, al cumplimiento de lo dispuesto en el fallo de la resolución judicial pues la efectividad de las resoluciones de jueces y tribunales –aplicadores del derecho- es manifestación de la eficacia y certeza del ordenamiento respecto, a sus previsiones y a su efectividad como elementos garantía de la seguridad jurídica; 2) El derecho a la intangibilidad, invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales, vertiente del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y ordenado a la satisfacción del principio de seguridad jurídica, se ve afectado por el ejercicio del *derecho de gracia* al anular el valor de cosa juzgada material en tanto deja sin efecto la sentencia firme.

21.- La afección del indulto al principio de seguridad jurídica, de certeza del ordenamiento y de legalidad, está en la misma naturaleza de la *gracia*. Son disfunciones propias de la esencia de la institución graciable que se asumen por el constituyente al consagrarlo en el art. 62.i). Sin embargo el indulto no es, en sí mismo, una disfunción del derecho a la igualdad jurídica ni del principio de interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 de la Constitución pues no forma parte de la naturaleza de la *gracia* sino que se trataría de una desviación de la misma.

F.- Disfunciones constitucionales de la regulación del indulto en la Ley de 1870

22.- La configuración legal del *derecho de gracia*, como indulto particular, ha determinado que éste por voluntad del legislador sea una facultad que materialmente ejerce el poder Ejecutivo. Sin embargo, la Constitución no atribuye a ningún poder ni órgano del Estado el ejercicio real del *derecho de gracia*. Solo indica que es el Rey quien formalmente ejercerá el *derecho de gracia*. El ejercicio del *derecho de gracia* se diferencia de las restantes funciones del Rey del art. 62 CE, en cuanto es la única que no mantiene una relación expresa en la Constitución con ninguno de los poderes del Estado. Tan solo la necesidad de refrendo vincula el acto formal del Rey con las competencias del poder Ejecutivo, aunque sin que ello determine la atracción de *derecho de gracia* hacia su ámbito competencial.

23.- Una ley no puede vulnerar el esquema de atribución de poderes que establece la Constitución, pues es parte esencial del Estado de Derecho. La parte orgánica de la Constitución se configura desde la atribución de funciones y competencias a órganos y poderes del Estado, determinando mecanismos de mutuo control y compensación. Y sólo el constituyente puede alterar la atribución de competencias a los poderes del Estado, por lo que la configuración legal del ejercicio del *derecho de gracia* debe estar sometida inexorablemente, al reparto de competencias y funciones que la Constitución prevé, sin posibilidad alguna de alterarlo *so pena* de incurrir en inconstitucionalidad manifiesta.

24.- La atribución por ley de unas funciones constitucionales al Ejecutivo alterando con ello el ámbito competencial del poder Judicial, es contraria al espíritu de la Constitución. La Ley de indulto de 1870, en cuanto establece que el Ejecutivo es el poder que ostentará la potestad de decidir la concesión o denegación del indulto, estaría afectando, sin habilitación superior en la Constitución, el reparto competencial de las funciones del poder Judicial, previstas en el art. 117 CE. Y no porque la Constitución prevea que el poder Judicial tenga atribuida la función material para indultar –ya que no existe tal previsión constitucional- sino porque la asignación al Ejecutivo de tal potestad afectaría a la esfera de funciones constitucionales esenciales del poder Judicial.

Atendido que el valor normativo de la Constitución determina *ipso iure* el desplazamiento de todas las normas jurídicas que la contradiga y que su disposición derogatoria determina dicho desplazamiento imponiendo su derogación, las previsiones de la Ley de 1870 respecto al ejercicio material del indulto por parte del Ejecutivo estarían afectadas por tal derogación. La aprobación de la Constitución implica la derogación automática de toda norma que la contradiga. La posible inadecuación material de la Ley de 1870 a la Constitución conduce a que todo contenido inconstitucional de tal norma no pudiese desplegar efecto alguno.

G.- Naturaleza del acto de otorgamiento de indulto

25.- El Real Decreto de concesión del indulto es fiscalizable mediante su control jurisdiccional, en sede Contencioso-Administrativa, pero limitado a sus elementos reglados, que no puede afectar al contenido material de

la decisión. Si bien es indisponible para el juzgador valorar los aspectos sustantivos de la *gracia*, el control de los elementos reglados alcanzará también a la necesaria justificación de los elementos tenidos en cuenta para la aplicación de los criterios de justicia, equidad y utilidad pública que establece la Ley de indulto de 1870, pues es posible un control sobre tales los criterios, a partir de elementos objetivos.

26.- La modificación de la Ley de indulto de 1870 operada en 1988, en la que dejó de explicitarse la exigencia de motivación del acto de concesión del indulto en su art. 30, no significa la inexistencia de la motivación del tal acto. Que la ley haya dejado de establecer expresamente tal exigencia no puede implicar que ésta deje de ser un requisito de la decisión sobre la concesión de la *gracia* pues no deja de ser un acto del poder público. La interpretación de las normas jurídicas debe hacerse siempre a la luz de la Constitución, por lo que la omisión en ley reguladora del requisito de la motivación –antes expreso– no implica que la motivación haya sido excluida expresamente del acto, si bien ya no se presenta como requisito explícito en la ley, sino implícito en tanto acto de los poderes públicos. La ausencia de toda referencia a la motivación se debe entender que ésta está implícita en el acto del Gobierno, por imperativo del art. 9.3 de la Constitución, que prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos.

27.- El otorgamiento del indulto es un acto graciable, como una categoría diferente al acto administrativo discrecional, solo fiscalizable respecto a sus elementos reglados en sede jurisdiccional; cuyo otorgamiento es una decisión libérrima del poder público titular de la potestad –el cual estará revestido de total libertad de decisión, sólo sometido a la discrecionalidad

propia del Gobierno-; y deberá ajustarse a la ley que regula su ejercicio. La decisión de otorgar o denegar el indulto en su contenido material, está extramuros del derecho. Tal naturaleza jurídica del acto decisorio sobre el indulto es una consecuencia de la excepcionalidad de la institución del *derecho de gracia* en el sistema constitucional. La *gracia* como *rara avis* respecto a la naturaleza jurídica de los demás actos del poder público.

H.- Una propuesta *lege ferenda* para regular el ejercicio del *derecho de gracia*

28.- Es posible una nueva regulación del indulto que sea respetuosa con los principios constitucionales, que no sea inconstitucional, que modere su incidencia en las otras disfunciones constitucionales que también se advierten con el ejercicio del *derecho de gracia* –el derecho a la tutela judicial efectiva, los principios de seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad, los criterios orientadores de la finalidad de las penas-. La ley que debe regular el ejercicio del *derecho de gracia*, tiene la misión constitucional de suplir las carencias que la parquedad del textual del art. 62.i) advierte respecto a cuestiones fundamentales de la institución de la *gracia*.

29.- La nueva regulación deberá partir de los elementos esenciales en los que se configura la institución del indulto, que implícitamente fueron los que se constitucionalizaron en el art. 62.i) CE: 1) El indulto es una manifestación del *derecho de gracia*.; 2) El efecto de la *gracia* del indulto es “*eximir del cumplimiento de las penas*” impuesta en sentencia firme; 3)

La *gracia* del indulto significa perdón, justificado en la justicia y equidad frente al rigor de la norma penal correctamente aplicada; 4) El indulto debe referirse a una pena impuesta en sentencia firme; 5) Los efectos del indulto son la remisión o la conmutación de la pena; 6) La concesión del indulto es irrevocable; 7) El Rey debe ejercer el *derecho de gracia*; 8) El indulto no debe perjudicar derechos de terceras personas y en los delitos particulares debe ser oída la parte ofendida; 9) El indulto debe plantearse como beneficio individualizado, respecto a un sujeto determinado y unas circunstancias concretas; 10) El indulto debe fundamentarse en razones de justicia, equidad y utilidad pública.

30.- La ley que regule el ejercicio del indulto deberá ser una ley orgánica, por la doble exigencia de la materia que afecta: el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente como derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, y por la incidencia modificativa del indulto respecto a la previsión de la ley penal, en cuanto a la pena prevista.

31.- El indulto debe ser una potestad del poder Judicial y, por tanto, en una nueva ley del indulto tiene que establecer tal potestad en los órganos jurisdiccionales. No existe un óbice constitucional para tal atribución por ley. El indulto deberá situarse dentro de la esfera de funciones del poder Judicial, en cumplimiento de las funciones de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. El indulto deberá pasar a ser parte de la función de administrar justicia, según proclama el art. 117.1 CE. El otorgamiento del indulto debe configurarse como parte del procedimiento judicial donde el órgano jurisdiccional competente pueda efectuar su valoración jurídica sobre las

circunstancias concurrentes en el supuesto concreto para determinar la procedencia de conceder o denegar el indulto.

32.- Los órganos jurisdiccionales han consolidado unos criterios para que la concreción de los criterios de justicia, equidad y utilidad pública, no se determinen como meros postulados subjetivos, sino que se sometan a la objetivación de sus elementos fundamentales. Los órganos judiciales tienen competencia para la aplicación de los criterios de justicia, equidad y utilidad pública, y para su concreción al caso concreto, por lo que una nueva regulación del ejercicio del indulto puede residenciar en éstos la aplicación de tales criterios para conceder o denegar el indulto.

33.- La atribución competencial de la decisión de indultar en los órganos jurisdiccionales podría efectuarse a un órgano jurisdiccional diferente al que resolvió condenar en sentencia, y además especializado, ello por dos motivos: 1) La posible predeterminación del órgano sentenciador respecto a una decisión sobre el indulto de la condena que ha impuesto; 2) La especialización del órgano jurisdiccional como un instrumento para la adecuación del indulto a los principios de seguridad jurídica, certeza del ordenamiento, igualdad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

La opción de que éste órgano judicial fuese una Sala especial del Tribunal Supremo sólo constituida para ejercer la potestad sobre los indultos -que podría ser denominada la *Sala de gracia*- está avalada por la jurisdicción del Tribunal Supremo en todo el territorio del Estado, y por su posición jurisdiccional como culminación de todas las instancias y como supremo

órgano jurisdiccional, sin que exista un obstáculo constitucional para la atribución de la potestad de indultar al Tribunal Supremo ni para que se crease una Sala especial de *gracia* con la modificación de la Ley Orgánica del poder Judicial.

34.- La atribución de la potestad de indultar a la Sala especial de *gracia* del Tribunal Supremo permitiría que se superase la injerencia del poder Ejecutivo sobre el Judicial que supone la actual regulación del indulto en la Ley de 1870; adecuar la institución a los principios constitucionales y competencias atribuidas por el constituyente a los diferentes poderes del Estado; inspirar el indulto en los principios constitucionales de seguridad jurídica y certeza del ordenamiento, igualdad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos; y que una decisión fundada en la justicia se adopte por el supremo órgano jurisdiccional del Estado.

35.- Una nueva regulación del indulto podría prever que el trámite para su concesión o denegación se sustanciase como expediente jurisdiccional tanto en el trámite incidental en ejecución de sentencia, o bien previo al inicio de la ejecución. La incidencia del indulto en el derecho fundamental a la ejecución de las resoluciones judiciales –ex. art. 24 CE– se quedaría limitada al no cumplimiento de lo dispuesto en sentencia en sus propios términos, pero si la ley prevé la alteración del cumplimiento de la pena impuesta en fase de ejecución de la sentencia, tal alteración no afectaría al núcleo esencial del derecho a la tutela judicial efectiva.

36.- Atendida la naturaleza graciable del indulto, y que su fiscalización solo se puede realizar respecto a sus elementos reglados, la disfunción que el *derecho de gracia* implica para el principio de seguridad jurídica, cabe minorarla con una mayor amplitud en la determinación normativa de los elementos reglados a través de su positivización. Tanto respecto a los requisitos del sujeto que solicita el indulto –con especial referencia a las pautas sobre la efectiva reeducación y reinserción social del potencial beneficiario del indulto, de art. 25.2 CE-, como respecto a los hechos por los que resultó condenado -determinación de la imposibilidad jurídica de una sentencia más leve, no concurrencia circunstancias agravantes, y la exclusión de delitos que causen mayor repulsa en la conciencia colectiva o los que generen mayor alarma social- y también respecto a los criterios de justicia, equidad y utilidad pública –con la adopción de los principios de aplicación de tales criterios por los órganos jurisdiccionales y a través de su positivización-.

37.- El alejamiento del indulto respecto a su actual naturaleza graciable y su acercamiento a la naturaleza del acto discrecional, se debe explicitar en la necesidad de motivación del acto que concede o deniega el indulto. La motivación es una exigencia de todos los actos de los poderes públicos, y la exclusión nominal de la misma en la Ley de indulto de 1870, deberá llevar a que, en propuesta *lege ferenda*, la motivación resulte un requisito del acto de ejercicio de la potestad de indultar, fundada en los elementos objetivos constatados en el expediente.

38.- La resolución de concesión del indulto puede ser otorgada por el Rey formalmente, con su firma, y refrendada por el Presidente del Gobierno

respecto a la propuesta de concesión del indulto del órgano jurisdiccional que, en términos *lege ferenda*, se plantea: la Sala Especial de *gracia* del Tribunal Supremo.





BIBLIOGRAFÍA

Aguado Renedo, C., “Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 21, núm. 63, septiembre-diciembre, 2001

Aguado Renedo, C., “La clemencia vinculada por el Derecho” *Revista de Derecho Político*, núm. 74, 2009

San Agustín de Hipona, “Tratados sobre la Gracia I: Escritos filosóficos”, *San Agustín. Obras completas*, Trad. Capánaga, V., Biblioteca de Autores Cristianos, febrero, 2007

Almandós, L., “Igualdad y diferencia en la democracia ateniense”, *Col. tesis laureadas*, Universidad Nacional de Colombia, 2003

Alonso Prieto, L., “El indulto anticipado”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1051, 1976

Alonso y Royano, F., “El derecho en el Egipto faraónico”, *Espacio, Tiempo y Forma*, Serie II, Ed. Historia Antigua, 1998

Alzaga Villaamil, O., “Los valores superiores del ordenamiento jurídico”, *Derecho Político español según la Constitución de 1978*, Alzaga Villaamil O., Gutiérrez Gutiérrez I., Rodríguez Zapata, J., Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001

Ansuátegui Roig, F.J., “Razón y voluntad en el estado de derecho: Un enfoque filosófico-jurídico”, Ed. Dykinson, 2014

Arenal, C., “El derecho de gracia ante la justicia”, Biblioteca Cervantes Virtual, 2015, Ed. Original Librería de Victoriano Suárez Madrid, 1896

Arroyo Zapatero, L., “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año III, núm. 8, mayo-agosto, 1983

Barile, P., “*Istituzioni di Diritto Pubblico*”, Ed. Cedam, Padova, 1999

Bastús Carrera, V.J., “Diccionario histórico enciclopédico”, Imp. Roca, 1828

Belloso Martín, N., “Filosofía del Derecho”, Universidad de Burgos, 2011

Bentham, J., “Tratados de legislación civil y penal”, Trad. Sala, R., Madrid, 1822

Betancourt Serna, F., “Derecho Romano Clásico”, Universidad de Sevilla, 2007

Bobbio, N., “Liberalismo y Democracia”, Ed. FCE, México, 1994

Bodin, J., “Los seis libros de la República” (1576), Trad. Bravo Gala, P., Ed. Tecnos, 1997

Boix Reig, J., “El Principio de legalidad en la Constitución”, *Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal. Algunos problemas específicos*, Bilbao, 1983

Bonesana, C. (Marqués del Beccaria), “Tratado de los Delitos y las Penas”, (*Dei delittie delle pene*) (1764), Ed. Heliasta, 1993

Bossuet, J., “Política sacada de las Sagradas Escrituras” (1679), Ed. Tecnos, 1974

Brague, J., “Las partes de la templanza según Santo Tomás de Aquino”, Tesis doctoral, Facultad Eclesiástica de Filosofía de la Universidad de Navarra, 2007

Bueno Arus, F., “Notas sobre el Decreto de Indulto de 25 de noviembre de 1975”, *REP*, núm. 212-215, enero-diciembre, Madrid, 1976

Bueno Ochoa, L., “Elogio y refutación del indulto: estudio sobre la gracia del indulto y su regulación en el ordenamiento jurídico español”, *Colección Derecho*, Ed. Fiec, 2007

Calero Amor, A.M., “La prerrogativa regia en la Restauración: Teoría y práctica” *Revista de Estudios políticos*, núm. 55, enero-marzo, 1987

Carrasco Jiménez, E., “Derechos humanos y régimen de garantías en la legislación mosaica” *Revista Polis*, núm. 17, 2007

Castro, P., “La misión civilizadora de Roma: notas sobre la clemencia y la auto-representación romana. Una revisión a las relaciones diplomáticas entre Roma y los pueblos de las Galias”, (S. I. A. C.) *Intus-Legere Historia*, num. 1, vol. 5, 2011

Catecismo de la Iglesia católica, librería Editrice Vaticana, Ed. USCCB Pub., febrero, 2001

Collins, R., “La España visigoda”, Ed. Crítica, 2005

Corral López, G., “Fuero de Valdezaray. Cinco siglos de privilegios (1312-1837)”, *Boletín A.R.G.H.*, núm. 4, junio, 2012

Cortés Bechiarelli, E., “Comentarios al Código Penal”, Ed Edersa, 2000

Corts Grau, J., “Filosofía del Derecho. Introducción a la Gnoseología”, Ed. Escorial, 1941

Cuello Calón, E., “Derecho Penal”, Edit. Bosch S.A., Barcelona, 1981

De Cabo de la Vega, A., “Nota sobre el bloque de constitucionalidad”, *Jueces para la Democracia*, núm. 24, Madrid, 1995

De Carreras, F., “El indulto en nuestro Estado de derecho”, *Diario El País*, 12 diciembre 2000

De Domingo Pérez, T., “Neoconstitucionalismo, justicia y principio de proporcionalidad”, *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, núm. 56, 2007

De la Cuétara Martínez, J.M., “Potestades administrativas y poderes Constitucionales: en torno al proceso de juridificación del poder”, *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 38, Ed. Civitas, Madrid, 1983

De las Heras Santos, J.L., “Indultos concedidos por la Cámara de Castilla en tiempos de los Austrias”, *Studia Historica. Historia Moderna*, 1, Universidad de Salamanca, 1983

De Mariana, J., “*Ioannis Marianaë Hispani, e Soc. Iesu, De Rege et Regis Institutione libri III. Ad Philippum III. Hispaniæ regem catholicum*” Ed. Pedro Rodríguez, Toledo, 1599 (traducción moderna “*La dignidad real y la educación del rey -De rege et regis institutione-*”), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981

Del Toro Marzal, A., “La Punibilidad en el Derecho Penal”, Ed. Aranzadi, 1997

Delgado del Rincón, E., “El artículo 25.2 CE: algunas consideraciones interpretativas sobre la reeducación y la reinserción social como fin de las penas privativas de libertad”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. extraordinario, enero, 2004

Díaz García, E., “Estado de Derecho y democracia”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, núm. 19-20, 2001-2002

Díez Sánchez, J.J., “El indulto ante la justicia administrativa”, *RVAP*, núm. 99-100, mayo-diciembre, 2014

Díez Sánchez, J.J., “El control jurisdiccional de los actos del gobierno y de los consejos de gobierno”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 26, enero, 2012

Eliade, M., “El mito del eterno retorno” (Título original: “*Le mythe de l’ éternel retour. Archétypes et répétition*” 1958), Trad. Anaya R., Ed. Emecé, Buenos Aires, 2001

Eliade, M., “Lo sagrado y lo profano” (Título original: “*Das Heilige und das Profane*”, 1957), Trad. Gil L., Ed. Guadarrama Punto Omega, Madrid, 1981

Elorduy, E., S.J., “Clemente Romano y la virtud de la clemencia. La clemencia de Cristo en el hijo pródigo”, *Anejos de Gerión*, núm. II, Universidad Complutense, Madrid, 1989

Elster, J., “Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica”, Ed. Katz Editores, 2006

Escriche, J., “Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense, ó sea, Resumen de las leyes, usos, prácticas y costumbres”, Imprenta J. Ferrer de Orga, 1838

Estepa Montero, M., “Régimen jurídico y control jurisdiccional de los reales decretos reglamentarios”, Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2004

Fernández Rodríguez, T.R., “Sobre el control jurisdiccional de los Decretos de indulto”, *Revista de Administración Pública*, núm. 194, mayo-agosto 2014, Madrid 2014

Fernández Ortiz de Guinea, L., “participación episcopal en la articulación de la vida política hispano-visigoda” *Studia histórica - historia antigua*, vol. XII, Universidad de Salamanca, 1994

Fernández-Miranda Campoamor, C., “La irresponsabilidad del Rey. El refrendo: Evolución histórica y regulación actual”, *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998

“Fuero Juzgo en latín y castellano, cotejado con los más antiguos y preciosos códices”, *Biblioteca virtual Miguel de Cervantes*, Real Academia Española, 1971

Fueyo Álvarez, J., “Estudios de Teoría Política”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988

Gallego García, E.A., “Tradición jurídica y derecho subjetivo”, Ed. Dykinson, 1996

García de Enterría, E., “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo”, Ed. Civitas, Madrid, 1979

García de Enterría, E., “Curso de Derecho Administrativo”, Ed. Civitas, 1983

García Herrero, G., “Julián de Toledo y la realeza visigoda”, *Antigüedad y cristianismo: Monografías históricas sobre la Antigüedad tardía*, núm. 8, 1991

García Mahamut, R., “El indulto. Un análisis jurídico constitucional”. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004

García Manrique, R., “Acerca del valor moral de la seguridad jurídica”, *Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 26, Departamento Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, 1989

García Marín, J., “La doctrina de la soberanía del monarca (1250-1700)”, *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*. núm. 1, *Soberanía y Constitución*, Junta General del Principado de Asturias, 1999

García Pelayo, M., “Del mito y de la razón en el pensamiento político”, *Obras Completas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991

García San Martín J., “El Control Jurisdiccional del Indulto Particular”, Tesis Doctoral, Facultad de Ciencias Jurídicas de la ULPGC, Las Palmas de Gran Canaria, 2006

García-Trevijano Fos, J.A., “Tratado de Derecho Administrativo”, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964

Garrido Mayol, V., “Sinopsis art. 149 Constitución”, *La Constitución Española*, Congreso de los Diputados, 2003

Garrido Mayol, V. “Las garantías del procedimiento prelegislativo: la elaboración y aprobación de los proyectos de ley”, Ed. Tirant lo Blanch, 2010

González Alonso, B., “Del Estado absoluto al Estado constitucional”, *Manuscrits. Revista d'Història Moderna* núm. 4-5. Ed. Univ. Autònoma de Barcelona, Barcelona, 1987

González Díaz Lombardo, F.X., “El pensamiento de la India en sus principios”, *Compendio de Historia del Derecho y del Estado*, Ed. Limunsa, 1997

González Wagner, C., “Historia del Cercano Oriente”, Universidad de Salamanca, 1999

Guillén, J., “La constitución romana según Cicerón”, *Humanitas*, núm. 23-24, 1981

Hayek, F., “Los fundamentos de la libertad”, Ed. Unión Editorial, 2006

Herrero Bernabé, I., “El Derecho de Gracia: Indultos”, Tesis Doctoral, UNED, Madrid, 2012

Herrero Bernabé, I., “Antecedentes históricos del Indulto”, *Revista de Derecho*, UNED, núm. 10, 2012

Hierro Sánchez-Pescador, L.L., “El imperio de la ley y la crisis de la ley”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 19, 1996

Hobbes, T., “*El Leviatan*” (1651), Editorial Universitaria, 1974

San Isidoro de Sevilla, “*Etymologiae u Originum sive etymologiarum libri viginti*”, “Diccionario de política”, Vol. 2, Ed. Siglo XXI, 1991

Jacq, C., “Poder y sabiduría en el antiguo Egipto”, Ed. Planeta, 1981

Jellinek, G., “Teoría general del Estado”, Ed. Comares, Granada, 1999

Lara Peinado, F., “Los primeros códigos de la humanidad”, Ed. Tecnos, Madrid, 1994

Lara Peinado, F., “Codigo Hammurabi”, Ed. Tecnos, Madrid, 1996

Larenz, K., “Derecho Justo, fundamentos de ética jurídica”, Ed. Civitas, Madrid, 1985

Lario González, A., “Monarquía constitucional y gobierno parlamentario”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), núm. 106, octubre-diciembre 1999

Lauroba Lacasa, M.A., “El principio de seguridad jurídica y la discontinuidad del Derecho”, *Louisiana Law Review*, vol. 63, núm. 4, 2003

Leon-Dufour, J., “Vocabulario de teología bíblica” (original “*Vocabulaire de théologie biblique*”, París, Editions du Cerf, 1962), Edición española, Ed. Herder, 2001

Linde Paniagua, E., "Amnistía e indulto en España", Ed. Tucar, Madrid, 1976

Linde Paniagua, E., "Amnistía e indulto en la Constitución española de 1978", *Boletín Informativo del Departamento de Derecho Político*, UNED, 1978

Linde Paniagua, E., "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 del Ministerio de Justicia*, año III, núm. 1823, 1988

Linde Paniagua, E., "El Indulto como acto de Administración de justicia y su judicialización. Problemas, límites y consecuencias", *Teoría y realidad constitucional*, núm. 5, UNED, 2000

Locke, J., "Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil" (1690), Trad. Mellizo, C., Ed. Tecnos, 2006

López Aguilar, J.F., "Justicia y estado autonómico: orden competencial y administración de justicia en el estado compuesto de la Constitución española de 1978", Ministerio de Justicia, 1994

López Aguilar, J.F., "Una reflexión a propósito del control parlamentario del ejercicio del Derecho de Gracia", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 37, 1996

López de Cuellar y Vega, J., “Tratado Jurídico Político: Práctica de Indultos conforme a las Leyes y Ordenanzas Reales de Castilla y de Navarra”, Ed. Martin Gregorio de Zabala, Pamplona, 1690

Lorenzo Rodríguez-Armas, M., “El problema del contenido esencial de los derechos fundamentales en la doctrina española y su tratamiento en la jurisprudencia constitucional”, *Anales de la Facultad de Derecho*, Universidad de La Laguna, núm. 13, 1996

Lozano Cutanda, B., “El indulto y la amnistía ante la Constitución”, *Estudios sobre la Constitución española, homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Ed. Civitas, Madrid, 1991

Ludueña Romandini, F., “Poder pneumático; Reconsideración del problema teológico-político”, *Revista Pléyade*, núm. 8., julio-diciembre, 2011

Maer L., “*The Royal prerogative*”, *House of Commons Library*, diciembre, 2009

Maíz Suárez, R., “Estado constitucional y gobierno representativo en E.J. Sieyès”, *Revista de Estudios políticos*, núm. 72, 1991

Maíz Suárez, R., “Escritos y discursos de la Revolución”, Centro Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2007

Majorana, G., “*La prerogativa del potere di grazia*”, *Forum costituzionale*, octubre, 2012

Maquiavelo, N., “El Príncipe” (1513). Trad. Lista. A., Ed. Edaf, Madrid, 2009

Marco Marco, J.J., “Las funciones de la Corona en la Constitución de 1812: especial referencia a la facultad de declarar la guerra y hacer la paz”, *Las Cortes de Cádiz, la Constitución de 1812 y las independencias nacionales en América*, Colomer Viadel, A., (coord.), Universidad Politécnica de Valencia, 2011

Martín-Retortillo Baquer, L., “Régimen constitucional de los derechos fundamentales”, *Derechos fundamentales y Constitución*, Martín-Retortillo, L. y De Otto y Pardo, I., *Cuadernos Cívitas*, Madrid, 1988

Martínez Arancón, A., “ideas y formas políticas de la antigüedad al renacimiento”, UNED, 2014

Martínez-Pujalte López, A.L., “La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales”, *Cuadernos y debates*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997

Martínez-Pujalte López, A.L., “Algunos principios básicos en la interpretación de los derechos fundamentales”, *Cuadernos constitucionales de la cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 32, Departamento Derecho Constitucional y Ciencia Política, Universitat de Valencia, 2000

Martínez-Pujalte López, A.L., y De Domingo Pérez, T., “Los derechos fundamentales en el sistema constitucional”, Ed. Comares, 2011

Martos Quesada, J., "Islam y Derecho. Las escuelas jurídicas en el Al-Ándalus", *Arbor: Ciencia, pensamiento y cultura*, núm. 731, 2008

Medina Cepero, J.R., "Los cinco artículos de previo pronunciamiento de la ley de enjuiciamiento criminal, un análisis crítico", Ed. Revista General de Derecho, 2000

Menéndez Varela, J.L., "La Figura de Dracón en el debate sobre el origen del Estado ateniense", *POLIS. Revista de ideas y formas políticas de la Antigüedad Clásica*, núm. 13, 2001

Mentxaka Elexpe, R., "Los requisitos para acceder a las Magistraturas locales con base en los escritos de los juristas clásicos" *Veleia: Revista de prehistoria, historia antigua, arqueología y filología clásicas*, núm. 28, 2011

Montesquieu, "Del espíritu de las Leyes", Trad. García del Mazo. S., Biblioteca de Derecho y Ciencias sociales, Madrid, 1906

Muñoz Valle, I., "La concepción del imperio romano como principado", *Cuadernos de Filología Clásica*, núm. 3, 1972

Orlando, P., "El derecho penal islámico y su concepción de la pena", *Derecho y humanidades*, núm. 16, vol. 1, 2010

Ortega Carrillo de Albornoz, A., "Derecho privado romano", Ed. Promotora cultural malagueña, 1999

Otero Parga, M., "La arbitrariedad", *Anuario de Filosofía del Derecho* núm. XII, 1995

"Ordenanzas Reales de Castilla, recopiladas y compuestas por el Doctor Alonso Díaz de Montalvo, glosadas por el Doctor Diego Pérez", Madrid, 1779

Pantoja Morán, D., "Escritos Políticos de Sieyès", Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1993

Pantoja Morán, D., "El supremo poder conservador: el diseño institucional en las primeras constituciones mexicanas", El Colegio de Michoacán A.C., 2005

Peces-Barba Martínez, G., "Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española Funciones y fines del derecho", *Estudios en Honor del profesor Mariano Hurtado Bautista*, Universidad de Murcia, Murcia, 1992

Pedraz Penalba, E., "Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad", *La reforma del proceso penal en España*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1989

Pérez Alonso, E., "Las últimas reformas del principio de justicia universal legalizadoras de la jurisprudencia creativa del tribunal Supremo Español", *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 32, 2002

Pérez Calvo, A., "El Estado Constitucional Español", Ed. Reus, 2014

Pérez del Valle, C., “Amnistía. Constitución y justicia material”, *Revista Española de Derecho Constitucional* Año 21. Núm. 61. Enero-Abril 2001

Pérez Fancesch, J.L., “el indulto como acto del gobierno: una perspectiva constitucional (especial análisis del caso Liaño)”, *Revista de derecho político*, núm. 53, 2002

Pérez Prendes, J.M., “Historia del derecho Español”, Universidad Complutense de Madrid, 2004

Pérez Serrano, N., “Tratado de Derecho Político”, Ed. Civitas, Madrid, 1997

Petit, C., “Derecho visigodo del siglo VII. Un ensayo de síntesis e interpretación”, *Hispania Gothorum. San Ildefonso y el reino visigodo de Toledo*, Ed. Don Quijote, 2007

Plutarco, “Pericles”, *Vidas Paralelas*, Tomo II. Trad. Crespo Güemes. E., Ed. Cátedra, 1999

Pomanti, P., “*I provvedimenti di clemenza: amnistia, indulto e grazia*”, Ed. Giuffrè Editore, 2008

Portero, J.A., “El control parlamentario del gobierno”, *Working Paper*, núm. 142, Barcelona, 1998

Queralt Jiménez, J.J., “Código Penal y Ley Orgánica”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 45, mes 1, 1992

Raingearde de la Bletiere, L.M., “*Le President de la Republique a le droit de faire grace. Article 17*”, *La Constitution de la republique francaise*, Luchaire, F., Ed. Económica, París, 1987

Rebaza Acosta, A., “Historia General de la Cultura”, Universidad de Pensilvania, Ed. Prado, 1967

Recasens Siches, L., “Adiciones a la Filosofía del Derecho de Del Vecchio”, Ed. Bosch, Barcelona, 1935

Requejo Pagés, J.L., “Apuntes para una interpretación constitucionalmente conforme de la prerrogativa de gracia”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, Asamblea Regional de Murcia y Universidad de Murcia, 2003

Requejo Pagés, J.L., “Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español”, *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, núm. 2, 2001

Richet, D., “La Francia moderna”, Ed. Akal, 1997

Ripoll Acacio, A., “*Regalium Tractatus*”, Ed. Francisco Menescal y Gabriel Nogues, Barcelona 1644

Ritoré Ponce, J., “La clemencia del monarca y la insuficiencia de la ley en la antigüedad tardía: el testimonio de Temistio”, *Habis*, núm. 33, 2002

Rocco, A., “*Sul concetto del diritto subiettivo di punire*”, *Opere Giuridiche. Scritti giuridici vari*, vol 3º, Ed. Società Editrice del Foro italiano, Roma, 1933

Rodríguez-Arana, J., “Derecho Administrativo Español”, tomo II, Ed. Netbiblo, 2009

Rodríguez Flores, M.I., “El perdón real en Castilla (siglos XIII-XVIII)”, Universidad de Salamanca, 1971

Rodríguez Flores, Mª I., “El Indulto Penal”, *Problemas actuales de Derecho Penal y Procesal*, núm. 84, Universidad de Salamanca, 1971

Rodríguez Paniagua, J. M., “Historia del Pensamiento Jurídico”, Universidad Complutense, Madrid, 1977

Rousseau, J.J., “El contrato social” (1762), Edaf, 1983

Roux, G., “Mesopotamia, historia económica, política y cultural”, Trad. Bermejo Barrera, J.C., Ed. Akal, 2002

Ruiz Miguel, C., “Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 2, 2004

Ruiz Miguel, C., “Problemas de legitimidad en el origen del constitucionalismo español”, *Asamblea, revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 31, diciembre, 2014

Sánchez-Arcilla Bernal, J., “La teoría de la ley en la obra legislativa de Alfonso X el Sabio”, *Alcanate VI* (2008-2009), Universidad Complutense, Madrid, 2009

Sánchez Ferriz, R., “Estudio sobre las libertades”, Ed. Tirant lo Blanch, 1995

Sánchez Ferriz, R., “División de poderes”, *Diccionario de derechos humanos*, Universidad de Alcalá y Agencia Española Cooperación Internacional para el Desarrollo, 2011

Sánchez Ferriz, R. y Rollnert Liern, G., “La forma de gobierno en la constitución de Cádiz (reflexiones sobre la configuración de la jefatura del estado monárquica)”, *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 83, enero-abril, 2012

Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., “Una lectura crítica de la Ley de Indulto”, *Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2008

Schmitt, C., “Amnistía es la fuerza de olvidar”, (original 1945), Diario El País, 21 de enero de 1977

Schmitt, C., “Teología Política”, *Estudios Políticos*. Trad. Conde, F.J., Ed. Doncel, Madrid, 1975

Segura Munguía, S., “Nuevo diccionario etimológico Latín-Español y de las voces derivadas”, Universidad de Deusto, Bilbao, 2013

Séneca, L.A., “*De clementia*” (“Sobre la Clemencia”), Trad. Codoñer, C. A., Ed. Tecnos, 1988

“Siete partidas del Sabio Rey D. Alonso el IX, con las variantes de más interés y con la glosa del Lic. Gregorio López, del Consejo Real de las Indias de S.M.” Barcelona, 1844

Sieyès, E.J., “¿Qué es el Tercer Estado?” (1789), Ed. Alianza Editorial, 2003

Sieyès, E.J., "Opinión de Sieyès sobre las atribuciones y la organización de la *Jury Constitutionnaire* propuesta el 2 del Termidor", *Escritos Políticos de Sieyès*, Pantoja Morán, D. (comp.), Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1993

Sobremonte Martínez, J.E., “Indultos y Amnistía”, Universidad de Valencia, 1980

Soler Sánchez, M., “La igualdad de las mujeres y hombres en el estado autonómico: una visión comparada sobre la introducción de la perspectiva de género en los estatutos de autonomía”, *La solidaridad en el estado autonómico*, Garrido Mayol, V. (coord.), Ed. Fundación Profesor Manuel Broseta, 2011

Sperry Chafer L., “Teología Sistemática”, *Zondervan Publishing*, Ed. Clie, 2010

Suay Hernández, B., “Refutación del Ius Puniendi”, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam"*, coord. Arroyo Zapatero, L.A., Berdugo Gómez de la Torre, I., Vol. 1, 2001

Tajadura Tejada, J., “El guardián de la Constitución en la obra de E. Sieyès: un precedente de la Justicia Constitucional en Europa”, R.V.A.P. núm. especial 99-100, mayo-diciembre, 2014

Taparelli, L., “Ensayo teórico de derecho natural apoyado en los hechos”. Trad. Ortí, J.M., Madrid, 1869

Tardío Pato, J.A., “Los Principios Generales del Derecho. Su aplicación efectiva como normas jurídicas”, Ed. Bosch, 2011

Tardío Pato, J.A., “Lecciones de Derecho Administrativo (Acto administrativo, procedimiento y recursos administrativos y contencioso-administrativos)”, Ed. Club Universitario, 2012

Terragni, M.A., “Estudios sobre la parte general del Derecho Penal”, Universidad Nacional de Litoral, Argentina, 2000

Tierno Galván, E., “Los supuestos Scotistas en la Teoría Política de Juan Bodin”, *Escritos*, Edit. Tecnos S.A., Madrid, 1971

Torrent, A., “La recepción del Derecho justiniano en España en la baja Edad Media (siglos XII-XV). Un capítulo en la historia del Derecho europeo”, *Revista internacional de Derecho romano*, Abril, 2013

Torres del Moral, A., “Concepción pansimbolista de la monarquía parlamentaria”, *Corts Anuario de derecho parlamentario*, núm.15, 2004

Torres del Moral, A., “¿Qué son los derechos históricos?”, *Ius fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, núm. 15, 2007-2008

Tuteleers, R., “Sobre la separación de los poderes del Estado”, *Revista de Ciencia Política*, volumen IV, núm. 2, Universidad Católica de Chile, 1982

Urkuola Iriarte, M.J., “¿Gracia vs. Justicia? El control contencioso-administrativo del indulto a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013”, *R.V.A.P.* núm. especial 99-100, mayo-diciembre, 2014

Vegas Montaner, L., “La ley en el Antiguo Israel”, *Revista de Ciencias de las Religiones*, núm. 9, 2004

Villar García, M., “Discurso sobre la conveniencia civil y política del Indulto como regalía de la Corona”, Imprenta de Nira y Ducazcal, Madrid, 1852

Vivancos Comes, M., “Corona, arquitectura territorial y estatutos de segunda generación”, *Las monarquías europeas en el siglo XXI*, Göran Rollnert Liern (coord.), Ed. Sanz y Torres, 2007

Waldstein, W., “El derecho de Gracia en Roma. Abolitio-Indulgentia-venia”, Universidad de Alcalá de Henares, 2000

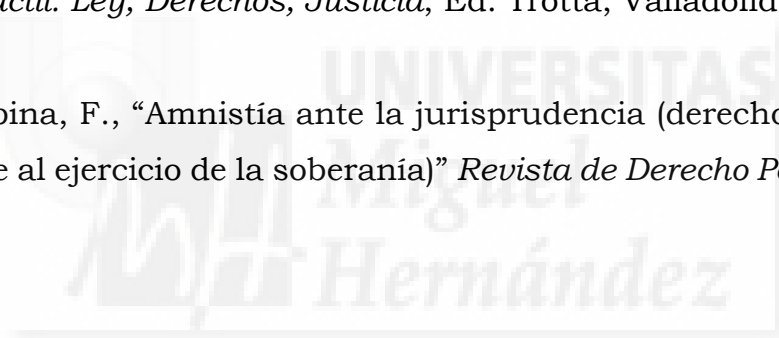
Wolff, H. J., “La historia del Derecho Griego: su función y sus posibilidades”, Ed. Universitaria de Valparaíso, 1976

Yárez Román, P. L., “la condena condicional en España Apuntes para su historia”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 25, Mes 2, Ministerio de Justicia, 1972

Zagrebelsky, G., “*Amnistía, indulto e gracia. Profili costituzionali*”, Ed. Giuffrè, Milano, 1974

Zagrebelsky, G, “Del Estado de Derecho al Estado Constitucional”, *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia*, Ed. Trotta, Valladolid, 1997

Zúñiga Urbina, F., “Amnistía ante la jurisprudencia (derechos humanos como límite al ejercicio de la soberanía)” *Revista de Derecho Político*, núm. 42, 1997





ABREVIATURAS

CE: Constitución Española de 1978

CP: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

LOPJ: Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

LECrim.: Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Ley de indulto de 1870: Ley de 18 de junio de 1870, de Reglas para el ejercicio de la Gracia de indulto

Ley del Gobierno: Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno

Reglamento penitenciario: Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario

Ley General Penitenciaria: Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria

LOTC: Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

ATC: Auto del Tribunal Constitucional



Valencia, festividad de San Juan Bautista, año 2015

Laus Deo, Virginique Matri

