

LOS INDULTOS: EL DERECHO DE GRACIA Y LA POLÍTICA ESPAÑOLA *PARDONS: THE RIGHT TO PARDON AND THE SPANISH POLITICS*

Gonzalo Quintero Olivares

Catedrático de Derecho penal y abogado

RESUMEN

La reciente concesión de indultos a los independentistas catalanes ha provocado un hondo debate político y jurídico. El derecho de gracia y sus límites han sido revisados, así como la capacidad del ejecutivo para dejar sin efecto las decisiones de los tribunales. La función constitucional del rey, que debe firmar los indultos, ha sido también traída a la plaza pública. A todo ello se añade la altivez de los indultados y la velada promesa de repetir los hechos, a la vez que grupos políticos desean impugnar la decisión del Gobierno.

PALABRAS CLAVE

Indulto, gracia, constitución, requisitos, condiciones, impugnación.

ABSTRACT

The recent granting of pardons to Catalan independence supporters has provoked a profound political and legal debate. The right to pardon and its limits have been reviewed, as well as the Executive's capacity to overturn court decisions. The constitutional role of the King, who must sign pardons, has also been brought into the public arena. Added to all this is the haughtiness of those pardoned and the veiled promise to repeat the events, while political groups wish to challenge the government's decision.

KEYWORDS

Pardon, grace, constitution, requirements, conditions, contestation.

DOI: doi.org/10.36151/td.2021.014

LOS INDULTOS: EL DERECHO DE GRACIA Y LA POLÍTICA ESPAÑOLA

Gonzalo Quintero Olivares

Catedrático de Derecho Penal y abogado

Sumario: 1. Introducción: la tensión previa. 2. Los nueve indultos. 3. Prolegómenos y precedentes. 4. La «ideología» de la gracia. 5. El derecho de gracia en la Constitución de 1978. 6. La función del rey. 7. La oposición del Tribunal sentenciador. 8. El alcance del indulto concedido. 9. El desprecio de los indultados y las amenazas veladas de reincidencia. 10. La pretendida configuración de una «gracia anticipada». 11. La impugnación del indulto. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN: LA TENSIÓN PREVIA

Mucho antes de que el Gobierno concediera los indultos ya se había formado un pensamiento ortodoxo tanto en contra como a favor de su concesión y sobre las consecuencias que se seguirían. Lógicamente, la discusión más importante era la que enfrentaba a los detractores y los partidarios del indulto, y ningún espectador objetivo concedía ni al Gobierno ni a la oposición la presunción de inocencia en esta cuestión, pues de uno se dice que solo desea afianzar el apoyo parlamentario los dos próximos años al precio de humillar a la nación, mientras que de los otros se dice que solo desean arrastrar al Gobierno por el fango en nombre de una hipócrita pasión por el respeto a las sentencias y al principio de legalidad.

Entre los defensores de la bondad política de la medida abunda el pesimismo porque, dicen, el independentismo es insaciable, y proseguirá la vía de la confrontación en pro de la independencia y hará imposible la normalidad política.

A todo eso hay que añadir otros debates laterales sobre los que volveré más adelante: la capacidad de la Sala Tercera del Tribunal Supremo para revisar o revocar la decisión del Gobierno, a pesar de que la competencia de esa Sala no va más allá del control del cumplimiento del procedimiento establecido en la Ley del Indulto, es decir, de aspectos puramente formales y no pueden entrar, como alguno ha dicho, en el análisis de la «insuficiencia» de la motivación, sino tan solo en el hecho de que haya o no una motivación. En el improbable supuesto de que al PP se le permita comparecer ante ese Tribunal, podrá comprobarlo.

Tampoco ha faltado quien había sugerido que el rey debería negarse a firmar los indultos, supuesto que constituiría un comportamiento inconstitucional, dado que la función del rey en la concesión de indultos es meramente formal y su deber político es sancionar la decisión del Gobierno.

Del indulto como expresión del derecho de gracia se dice críticamente que es una antigualla incompatible con la separación de poderes propia de un Estado de Derecho, afirmación que muchos vierten como si se tratara de una figura solo existente en el ordenamiento jurídico español. El clamor aumentó cuando se conoció el informe negativo —pero preceptivo— emitido por la Sala Segunda del TS. Enseguida se dijo que conceder un indulto sería una abierta falta de respeto al Tribunal Supremo y a la justicia misma, y se recordó, además, que tradicionalmente el Consejo de Ministros suele atenerse a la opinión de los tribunales, lo cual es cierto.

Pero, a su vez, esa respetable censura olvida que, si el informe favorable del Tribunal sentenciador tuviera que ser una *conditio sine que non* para conceder el indulto, el resultado sería la mutación del derecho de gracia en un instituto diferente que debería ser designado con su propio nombre jurídico.

2. LOS NUEVE INDULTOS

Por fin se concedieron los tan anunciados indultos a los independentistas catalanes condenados por la Sala Segunda del TS en la Sentencia 459/2019, de 14 de octubre. En ese fallo se impusieron penas de entre 9 y 13 años de cárcel a los nueve líderes independentistas catalanes condenados como autores responsables de un delito de sedición. El exvicepresidente de la Generalitat, Oriol Junqueras, fue condenado a 13 años de prisión por un delito de sedición en concurso medial con otro de malversación. Tres exconsejeros (Raül Romeva, Jordi Turull y Dolors Bassa) fueron condenados por los mismos delitos de sedición y malversación a 12 años de prisión, mientras que otros dos exconsejeros, Rull y Forn, fueron absueltos del delito de malversación, pero se le impuso a cada uno una pena de prisión de 10 años y medio de prisión. La expresidenta del Parlamento de Cataluña, Carme Forcadell, fue condenada a 11 años y medio por un delito de sedición, y por ese mismo delito se les impuso una pena de nueve años tanto al líder de la Assamblea Nacional Catalana (Jordi Sánchez) como al de Òmnium Cultural (Jordi Cuixart).

Otro punto del fallo que tiene interés indirecto para el tema que nos ocupa es la decisión del Tribunal Supremo de rechazar la petición de la Fiscalía de incluir expresamente en el fallo condenatorio la indicación de que no se podría conceder a los condenados el tercer grado penitenciario hasta que cumpliesen la mitad de la condena, conforme a lo previsto en el artículo 36.2 del Código Penal. Evidentemente, la Fiscalía presagiaba un problema que, efectivamente, se ha producido: la competencia en materia de prisiones la tiene la Generalitat de Cataluña, que puede tomar hasta cierto punto (hay que contar, también,

con el rol de la Fiscalía y del el juez de vigilancia penitenciaria) las decisiones que estime oportunas en materia de política penitenciaria.

Pese a la inquietud de la Fiscalía, el Tribunal estimó que no concurrían las circunstancias precisas para adoptar esa cautela, pues entendía que el llamado «periodo de seguridad» no tenía como función «[...] evitar anticipadamente decisiones de la Administración Penitenciaria que no se consideren acordes con la gravedad de la pena», ya que las mismas pueden ser recurridas (como, por cierto, sucedería en bastantes casos). El TS recordó asimismo que no había riesgo de que los condenados recuperaran los cargos desde los que impulsaron los hechos juzgados, pues habían sido condenados no solo a las penas privativas de libertad, sino también a la de inhabilitación absoluta, «[...] que excluyen el sufragio pasivo y la capacidad para asumir responsabilidades como aquellas que estaban siendo ejercidas en el momento de delinquir».

Es difícil emitir juicios de intenciones sobre lo que realmente movió al Tribunal Supremo a tomar esa decisión, y no faltará quien vea en ella una invitación indirecta a acortar materialmente la duración de la pena por la vía del acceso al tercer grado. En todo caso, la Administración Penitenciaria catalana concedió amplios permisos de salida ya en el segundo grado que fueron impugnados por el Ministerio Fiscal.

La decisión gubernamental de conceder los indultos ha estado precedida por una gran contestación, incluso en la calle, y los debates se han multiplicado. Abundan los pronunciamientos a favor y en contra, así como las reclamaciones de que el Tribunal Supremo abortara el proceso de concesión o la teorización de que el rey debía negarse a firmarlos porque no estaba obligado a ello, cuestión muy discutible. Por supuesto, si algo concitaba acuerdo era la necesidad de derogar la vieja Ley de Indultos de 1870 y proceder urgentemente a elaborar otra, una tarea sin duda inaplazable.

Tan intensa ha sido la polémica suscitada que parece conveniente revisar desde el principio la naturaleza, el fundamento, los límites y las condiciones del indulto como manifestación del derecho de gracia.

3. PROLEGÓMENOS Y PRECEDENTES

Sin lugar a dudas, estos indultos son los más polémicos que se han concedido en España desde que se aprobó la Constitución. El período que precedió y siguió a su promulgación, la denominada Transición, conoció algo que era habitual en otros Estados, pero no en España: la prioridad e igualdad constitucional del poder judicial, frente a unilateralidad que marcó la actuación de la Dictadura.

En aquellos convulsos años, desde la coronación de Juan Carlos I hasta la formación del primer gobierno democrático (el de UCD, presidido por Adolfo Suárez) se entrecruzaron muchos procesos que sucedieron en paralelo y que afectaban en mayor o menor medida al «problema penal». Esos procesos, o al menos los principales, tuvieron como núcleo central los distintos indultos y amnistías, además de las reformas introducidas del CP de 1974

antes de la Reforma Parcial y Urgente de 1983, los Pactos de la Moncloa (que incluían decisiones sobre la legislación penal) y, al fin, la Constitución de 1978 y lo que ha dado en denominarse su «programa penal», expresión que hace referencia al modelo de Derecho penal que acoge la Constitución y que necesita la sociedad española.

La coronación trajo consigo un indulto general promulgado el mismo mes de noviembre de 1975 (Real Decreto 2940 de 25 de noviembre de 1975), indulto calificado como «general y anticipado» que, sin embargo, no alcanzaba a quienes habían sido condenados por delitos de sangre. Pese a ello, la concesión del derecho de gracia benefició a más de 12.000 personas acusadas de diversos delitos, entre los cuales había unos 700 condenados por delitos «políticos», según la concepción que el franquismo tenía de lo que era un delito político.

En diciembre de 1976 se aprobó la Ley para la Reforma Política, y se convocaron elecciones generales para el 15 de junio de 1977. La concesión de una amnistía general para todos los presos políticos se planteó como una exigencia inexcusable y, por eso, la primera decisión del Parlamento que surgiera de las urnas tendría que ser precisamente esa.

La primera amnistía la acordó el Gobierno de Suárez en julio de 1976 (Real Decreto-ley de 30 de julio de 1976), y fue ampliada el mes de marzo de ese mismo año. Posteriormente, se promulgó la Ley de Amnistía, de 15 de octubre de 1977. Esa «amnistía por entregas» se explicaba por la «timidez» de los primeros pasos que provocaron la crítica de la oposición, que exigía una gracia mucho más amplia. Paralelamente, se registraba la protesta de los llamados presos «comunes» o «sociales», que reclamaban un trato similar a los presos «políticos», trato que inicialmente no consiguieron.

La amnistía aprobada por las primeras Cortes beneficiaba a numerosos condenados por su pertenencia a ETA. Por esa razón, muchos creyeron en vano que era el esfuerzo necesario para pacificar el País Vasco. El paso del tiempo y los muchos asesinatos que se habrían de cometer demostraron que, por desgracia, de poco sirvió la medida de gracia.

Por supuesto, la amnistía no se limitaba a ese colectivo, pues también alcanzaba a militares separados del servicio por pertenencia a movimientos democráticos, como la UMD, o a condenados por delitos de sangre cometidos antes del 15 de junio de 1977.

4. LA «IDEOLOGÍA» DE LA GRACIA

Para un jurista partidario de las teorías absolutas de la pena y fiel partidario del brocár-dico *fiat iustitia et pereat mundus*, esto es, «hágase la justicia, aunque el mundo perezca», un indulto es inadmisibile. Esa frase sintetiza varias ideas, la primera y más noble de las cuales es que la justicia ha de realizarse siempre si no se quiere que el mundo se hunda en el caos y desaparezca el respeto a la función de los tribunales, por lo cual las sentencias han de cumplirse a cualquier precio, y a eso supeditaban la respetabilidad del Estado pensadores como Kant o Hegel, que entendían que el derecho de gracia era inadmisibile en todo caso y que, como cualquier otra excepción a la regla, era incompatible con el Estado de Derecho.

Pero cuando se transita hacia las teorías relativas de la pena, también cambia la opinión sobre el indulto y resulta posible refutar tanto absolutismo esgrimiendo otro brocardo igualmente profundo, el ciceroniano *summum ius, summa iniuria*, que quiere decir que la aplicación radical de las leyes puede conducir a la injusticia. El Estado de Derecho no lo es porque la justicia formal sea inapelable e invariable, sino por la búsqueda de lo mejor y más justo para todos, y el derecho de gracia aparece como un instrumento que debidamente administrado puede servir para la realización de la justicia material en aquellos casos en los que la estricta e inevitable aplicación del Derecho dé lugar a consecuencias humana o socialmente rechazables; no es, pues, escandaloso que el Derecho positivo formal se pueda subordinar por razones político-criminales que resulten incompatibles con su dureza. Y esa es la razón de ser de los artículos 4.3 y 4.4 del Código Penal.

Con esta pequeña digresión quiero entrar en el espinoso tema de la función del indulto en el Derecho punitivo, tema sobre el que se oyen disparates de toda laya. Como antes dije, para muchos el indulto es inconcebible en una democracia moderna porque es incompatible con la separación de poderes, puesto que, aun haciendo abstracción de la intervención del jefe del Estado, es una decisión a través de la cual el poder ejecutivo puede dejar sin efecto las decisiones del poder judicial. Esta es una acusación grave, pero no necesariamente justa.

Es evidente que, si el derecho de gracia se concibe como un poder discrecional y arbitrario, su existencia no es admisible, y, por desgracia, en España no faltan algunos ejemplos de esas desviaciones. Eso lleva inevitablemente a una conclusión poco deseable: el indulto, expresión del derecho de gracia, será admitido o rechazado según los casos y el nivel de consenso social que suscite. Pero ese consenso no puede medirse por las tomas de postura de los medios de comunicación o de los representantes de los partidos políticos, pues ni unos ni otros pueden arrogarse la representación de la sociedad. El grado de consenso se medirá —no hay otro modo— en aquellos procesos electorales que se celebren cerca de las concesiones de gracia.

En el plano «democrático», el indulto no puede ser justificado mediante la pura invocación de que el poder de perdonar es una potestad del Estado cuya voluntad debe ser expresada por el Gobierno de la nación, pues no puede haber interés jurídico que pueda quedar exclusivamente en manos de una especie de «derecho subjetivo del Estado». Que el Estado, o mejor, el Gobierno, pueda renunciar a imponer un castigo a través de la concesión de un indulto no es la prueba de un derecho subjetivo, sino únicamente de una potestad cuyo ejercicio no puede quedar dispensado de crítica porque no se trata del ejercicio de un derecho.

El derecho subjetivo supondría, además, la exclusiva disponibilidad del Estado sobre el ejercicio de la acción penal contra el reo, que no se corresponde con los supuestos en los que, por ejemplo, el perdón del ofendido extingue la acción penal, efecto que no sería explicable si aquella fuese, en realidad, un derecho subjetivo del Estado. Algo parecido sucede cuando los jueces penales deciden suspender condicionadamente la ejecución de la pena, acto que también participa del espíritu del derecho de gracia. Por lo tanto, la aplicación de

la pena es una potestad del Estado, que puede administrar ciñéndose siempre a condiciones y formas jurídicas, dado que eso es lo que impone el Estado de Derecho.

El indulto es fruto, pues, de una potestad del Estado, y eso explica también que no pueda depender de la opinión de los particulares, ni siquiera de la de los afectados, que pueden solicitarlo, pero no rechazarlo ni fijar condiciones al mismo, hasta el punto de que el Estado puede, como ha sucedido en el caso de alguno de los indultados que aparentemente «rechazaba» el indulto, imponerlo contra la voluntad del beneficiado materialmente, lo cual es compatible con la obligación del Estado de no lesionar derechos de terceros por ejemplo, no puede indultar del cumplimiento de la responsabilidad civil) y de oír a las víctimas en caso de los delitos privados, como dispone el art. 15 de la Ley del Indulto.

5. EL DERECHO DE GRACIA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Siguiendo la línea de los textos constituciones españoles precedentes, la Constitución de 1978 incluyó el derecho de gracia, concretado en la posibilidad del conceder un indulto particular, sin que esa decisión de los constituyentes provocara discusiones relevantes. El art.62 (i) de la Constitución dispone que corresponde al rey ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, y que no podrá autorizar indultos generales. Es una fórmula similar a la de otros países.

En teoría, el indulto y la amnistía son las dos manifestaciones del derecho de gracia, derecho que ha de entenderse formalmente como una supervivencia de la más vieja idea del significado y titularidad del *ius puniendi* del que era titular un soberano que reunía en sí mismo todos los poderes del Estado, incluido, naturalmente, el de administrar justicia en sus manifestaciones aquí más palpables: castigar y perdonar. Si se valora el derecho de gracia en el marco de un Estado de Derecho moderno, parece formalmente incompatible con los postulados del mismo, pues supone una prerrogativa del jefe del Estado en cuya virtud puede dejar sin efecto las decisiones del orden jurisdiccional penal que ha aplicado las leyes votadas por el Parlamento de ese Estado.

Pero ni esa es la única comprensión posible del derecho de gracia ni es correcto presentarlo así, ya que esa lectura da pie (como ha sucedido con los independentistas) a que se quiera responsabilizar al rey de la decisión de dejar sin efecto la decisión judicial abiertamente contraria al indulto, cuando podía no hacerlo, lo cual, como planteamiento, cuando menos, es muy difícil de aceptar, como más adelante veremos.

El derecho de gracia no es una «excepción hispana», como se ha llegado a oír en estos pasados días, sino que es ampliamente acogido en los ordenamientos europeos. No obstante, las diferencias entre los sistemas son grandes, aunque pueda parecer que se trata de meros matices. Tres ejemplos: en Francia el condenado ha de solicitar por escrito el indulto al presidente de la República. En el Reino Unido se exige al condenado que no reincida durante un tiempo determinado para que pueda beneficiarse de una medida de gracia, y en

Italia la concesión de la medida ha de pasar por la aprobación de las Cámaras. Ninguno de esos requisitos existe en España, si bien existen condicionantes similares.

Así, en Alemania tanto el Gobierno federal como los Gobiernos de los Länder (dependiendo de la clase de delito) tienen el poder de indultar (art. 452 de la StPO). En relación con los delitos graves —por ejemplo, los delitos contra la seguridad del Estado—, esa facultad corresponde al presidente federal, de acuerdo con el artículo 60, párrafo segundo, de la Ley Fundamental. La decisión del presidente federal no está sujeta a ningún control, pero ha de ser refrendada por un miembro del Gobierno, normalmente el ministro federal de Justicia. En los demás casos, el poder de indultar pertenece a los Länder y está regulado en las respectivas Constituciones estatales.

En Italia, el *potere di grazia* está regulado en el art. 87.11 de la Constitución, que otorga el poder de concederlo al presidente de la República. En el Reino Unido el indulto es una prerrogativa real (la gracia de la reina) y está regulado en la Rehabilitation of Offenders Act 1974, pero para su concesión normalmente se exige el previo cumplimiento de una parte de la pena si esta es de prisión.

Los juristas de esos países entienden, por lo general, que el derecho de gracia debidamente administrado puede servir para la realización de la justicia en aquellos casos en que la estricta e inevitable aplicación del derecho dé lugar a resoluciones materialmente injustas o político-criminalmente inadecuadas, pues el Derecho positivo (formal) ha de subordinarse a las exigencias de justicia y puede ceder ante postulados político-criminales que resulten incompatibles con su severidad. El Estado de Derecho no lo es porque la justicia formal sea inapelable e invariable, sino porque su horizonte es la realización de la auténtica justicia. La posibilidad que los incisos 3 y 4 del artículo 4 de nuestro Código Penal ofrecen a los tribunales es la traducción de esa manera de entender la función del indulto.

El indulto se rige en España esencialmente por la Ley de 18 de junio de 1870, que se orienta al indulto «particular», aunque contiene alguna disposición referida al indulto general. Evidentemente, está pendiente de desarrollo el artículo 62 de la Constitución y, en su virtud, la promulgación de una normativa adecuada a la función político-criminal que el indulto debe cumplir. Sobre la necesidad de una nueva Ley del Indulto no existe la menor discrepancia, como han puesto en evidencia los recientes debates sobre el indulto a los condenados por el caso del *procés*.

La Constitución prohíbe los indultos generales, que son aquellos que se conceden a la totalidad de los penados. Cabe distinguir, a su vez, los indultos totales y parciales en función de que afecten a la totalidad o solo a parte de las penas impuestas, respectivamente. Esta clase de indultos había recibido la crítica unánime de la doctrina. Su concesión obedecía siempre a causas irracionales (la elección del papa, el aniversario del régimen, etc.) y entrañaban una concepción jurídica o político-criminal tendencialmente demagógica. Por ello, su prohibición constitucional mereció unánime aprobación.

Los indultos particulares, únicos que autoriza la CE, tienen otro sentido. Su carácter de gracia se ve superado por su carácter de acto de justicia en virtud del cual se individualiza la pena más allá de lo que permiten las siempre generalizadoras fórmulas legales, que en

ocasiones no pueden a veces evitar que su estricto cumplimiento dé lugar a resultados injustos. Eso explica que el indulto particular, a diferencia de lo que acontece con los indultos generales, pueda ser recomendado por los propios tribunales, al menos cuando se percatan de la imposibilidad técnica de alcanzar el «fallo justo».

Desde el punto de vista político-criminal, el indulto particular resulta, por ello, una institución imprescindible a través de la cual puede materializarse el efectivo cumplimiento de los principios que deben dominar el sistema penal. Ahora bien, este razonamiento nos coloca ante un problema indudable, que ha estallado espectacularmente en el caso que es objeto de este comentario: la justificación constitucional de un indulto contra el expreso parecer del tribunal sentenciador.

En este supuesto se han invocado vagas razones —el interés general, la utilidad política, la contribución a la pacificación, etc.— cuya virtualidad para la convalidación del indulto puede ser suficiente. Pese a ello, el Gobierno ha de estar necesariamente preocupado por el riesgo, nada abstracto, de que en Cataluña se produzcan nuevos incidentes de ataque al orden constitucional.

Finalmente, en relación con la regulación del derecho de gracia en la Constitución hay que advertir que esta no hace mención alguna a la otra manifestación del derecho de gracia, que es la amnistía, también reclamada hoy por el independentismo militante.

El carácter de la amnistía, por la que no dejan de clamar los independentistas catalanes, es mucho más extraordinario que el indulto, y, aunque teóricamente puede referirse a cualquier clase de delitos y su concesión no necesita que en el país haya sucedido ningún episodio de especial relevancia, lo cierto es que normalmente se orienta a delitos de carácter político y se concede con ocasión de los grandes cambios políticos en el Estado. Ello es lógico, dado que la amnistía sirve para coordinar las nuevas ideologías y la situación de muchos ciudadanos condenados por su discrepancia con la ideología del sistema político precedente. Ahora bien, también ha habido amnistías carentes de esas connotaciones políticas, tanto por la causa de su concesión como por los delitos que ha comprendido: son los casos de amnistías decretadas para una generalidad de delitos comunes de determinada gravedad.

A diferencia del indulto, y con independencia de que alguna Ley de Amnistía no haya acatado este principio, la amnistía produce el efecto de borrar el delito como si este nunca se hubiera cometido, de modo que desaparece el hecho y todas sus consecuencias jurídicas. Los años 1976 y 1977 vieron las últimas amnistías concedidas en España, ambas justificadas en nombre de la necesidad de promover la concordia y la reconciliación en la nueva etapa política que se iniciaba en aquel contexto.

Como he dicho antes, ni el Código Penal ni la Constitución hacen mención alguna a la amnistía, lo cual no significa necesariamente que esté prohibida de cara al futuro. Lo que sucede, y es comprensible, es que la amnistía es un recurso extraordinario en virtud del cual la ley penal que ha regido durante un tiempo es declarada, de hecho, sin efecto. Como tal recurso extraordinario se regula en la propia ley que la concede, que debería ser una ley orgánica. Pero, sobre todo, no sería normal que el ordenamiento jurídico tuviera ya prevista su posible pérdida de efectos por razones políticas futuras. En otras palabras: es normal que

no se prevea la amnistía como algo «natural», lo cual no impide que pueda ser concedida a algún grupo de personas o para alguna clase de delitos; en tal caso, el Parlamento deberá elaborar y aprobar la oportuna ley que la regule.

El mayor problema jurídico-formal de la regulación del indulto no está, empero, en la supuesta oscuridad o ambigüedad de la Constitución, sino en la mencionada y ya muy vieja e imperfecta Ley del Indulto de 18 de junio de 1870, especialmente porque no contiene ninguna indicación orientativa acerca de cuándo procede concederlo y cuáles son las razones político-criminales que pueden explicar su concesión, y esa es una puerta abierta a la irracionalidad y las desviaciones que se han producido en determinadas ocasiones.

Ahora bien, algunas ideas circulantes sobre cómo opera el régimen de concesión del indulto sí deben ser revisadas, pues son, en su mayoría, fruto de un entendimiento equivocado de la figura del indulto y de lo que significa el derecho de gracia. La creencia de que se trata de una «petición de perdón» por parte de quien lo solicita, que apela a la bondad de quien puede concederlo, es desvirtuar su carácter de vía excepcional de regulación de la respuesta penal no solo porque le interese así al que lo pide, sino también porque la racionalización de la respuesta punitiva así lo exige.

La primera es la supuesta necesidad de que el condenado lo solicite, lo cual, en el sistema español, no responde a la realidad, dado que puede pedirlo un tercero, sin que importe el grado de relación o amistad entre este y la persona para quien demanda la gracia. La segunda es que no se trata de algo que es objeto de una relación especial entre el Estado y el indultado, que puede pedir el indulto o no hacerlo, o impedir que otro lo pida por él o rechazarlo si se lo conceden. No es así, pues el indulto es también una manera de ejercer el *ius puniendi* estatal y en ese ejercicio no participa nadie más que el Estado.

Por eso mismo, sorprende el énfasis con el que algunos afirman que es imprescindible el arrepentimiento. No es del todo verdad, aunque sí es cierto que el tribunal sentenciador, que debe informar sobre la posible concesión del indulto, ha de incluir su parecer acerca del grado de arrepentimiento del condenado, pero eso es solo un dato más y no determinante, y no podría ser que un «sentimiento de contrición», que puede no ser sincero, tuviera la capacidad de cerrar la vía a una decisión que, no se olvide, no solo persigue el interés del indultado. El sentido del arrepentimiento solo puede entenderse como dato indicativo de la prognosis de reincidencia, que sí es un dato que debe considerar quien decida la concesión del indulto.

La tercera es que, en cuanto que regulación de los efectos de las condenas, es preciso que estas se hayan producido, pues no es posible indultar a quien no ha sido condenado; la «gracia anticipada» no existe. Eso cabe con las amnistías, figura absolutamente diferente. Por eso, precisamente, es enormemente preocupante que se haya filtrado, desde esferas gubernamentales, el posible propósito de indultar a los independentistas huidos que no fueron condenados y que, por ello, no pudieron ser indultados.

Hacerlo sería abiertamente inconstitucional y supondría una quiebra absoluta del principio de legalidad constitucional y penal. Volveré a este punto, porque hay quien no opina lo mismo.

6. LA FUNCIÓN DEL REY

Tal y como está previsto, los indultos concedidos han sido firmados por el rey, sin que haya entrado en juego la supuesta discrecionalidad con la que algunos estiman que podría actuar el jefe del Estado.

Se han escrito excelentes análisis sobre el origen y el contenido del derecho de gracia, sobre el significado de la configuración constitucional del indulto como gracia que se concede de acuerdo con la ley. Asimismo, se han examinado y descrito los poderes moderadores o arbitrales del rey, y se ha querido deducir de todo ello que disponía de margen para negarse a firmar —o retrasar las firmas— o para solicitar dictámenes del Tribunal Constitucional. Se ha dicho también que el derecho de gracia no es equiparable a la obligatoria firma de leyes y nombramientos, y también se ha sostenido, y es una verdad objetiva, que resulta muy duro forzar al rey a indultar a quienes le insultan y vituperan y no lo reconocen como jefe del Estado. Pero la actuación del jefe del Estado no puede guiarse por una especie de analogía con la de sus enemigos, que no son suyos, sino del Estado.

Lo cierto es que la configuración legal y constitucional de la concesión del indulto no abre espacios para la discrepancia del jefe del Estado, y en eso España se parece bastante a los Estados europeos de nuestro entorno. En esa línea, es bueno recordar la escandalosa abdicación de Balduino por 36 horas para no tener que firmar la Ley del aborto en Bélgica. Aparte de que puso en peligro a la monarquía, también demostró que el rey no podía negarse a firmar una ley.

En España, el rey no puede devolver una ley o un decreto al Gobierno. Mucho se ha debatido sobre la posición del rey en la concesión del indulto, y son bastantes los que estiman que hubiera podido negarse a firmar los Decretos de concesión. Pero esa afirmación no es aceptable: la Constitución de 1978 atribuye al rey el ejercicio del derecho de gracia de acuerdo con la ley, es decir, en los términos que prevea una normativa concreta, lo que significa que no estamos ante una regalía en manos del jefe del Estado que pueda usarla a su antojo (cfr. art. 62 CE).

El deber de firmar nace, por deducción «dogmático-constitucional» de la inexistencia de la regulación constitucional de un ámbito de poder expresa y exclusivamente conferido al monarca que, a su vez, parecería dispensado de la necesidad de motivar, lo cual es absurdo.

El tema es, pese a todo, espinoso, ya que ha sido utilizado para cuestionar al régimen político de la monarquía constitucional. Con pretendida alabanza a la importancia de la figura del rey se ha dicho que este no puede ser un instrumento en manos del Gobierno, obligado a firmar lo que le pongan por delante, a lo que se añade que la negativa a hacerlo podría llegar a ser interpretada como una abdicación. Los constitucionalistas españoles entienden que ha de ser así.

Es contradictorio que el rey tenga que firmar inexorablemente los indultos de sujetos que atacan y desprecian a la monarquía y al Estado, y que quieren romper el Estado cuya unidad y permanencia representa. Por esa razón, se han alzado muchas voces que estiman

que debería concedérsele al rey un mínimo margen de opción, o cuando menos el derecho a reclamar informes complementarios, como pudiera ser un dictamen sobre constitucionalidad de la medida de gracia.

Puede resultar difícil de entender que quien es el «origen del concepto», esto es, el rey y la potestad regia, no pueda ni siquiera opinar, pero, para bien y para mal, esa es una de las consecuencias del significado de la monarquía constitucional.

7. LA OPOSICIÓN DEL TRIBUNAL SENTENCIADOR

Para muchos, la contundente discrepancia de la Sala Segunda del TS sobre la concesión del indulto hubiera debido llevar al Gobierno a desistir de su decisión, puesto que el indulto concedido en contra de esa opinión quebraría sentido político-criminal que en nuestro tiempo pude justificar el derecho de gracia.

El hecho de que quepa conceder un indulto contra el parecer del Tribunal Supremo no es, en sí mismo, escandaloso. Cuestión diferente es que paralelamente se pueda apreciar una significativa discrepancia ciudadana con el contenido de la sentencia, cosa que en el presente caso no sucede, si se exceptúa la opinión dominante en Cataluña, claramente favorable al indulto, tenido como primer paso para intentar recuperar una convivencia menos convulsa.

Por otra parte, son muchos los que coinciden en admitir que la situación de los condenados por la STS de 14 de octubre de 2019 constituía un obstáculo para la normalización de la vida política en Cataluña y que, por ello, era pertinente la concesión de un indulto, dado que esperar al progreso penitenciario que condujera a la libertad de los condenados no era una buena opción.

Fuentes del Gobierno apuntan a esa misma tesis: solo el indulto servirá para pacificar y hacer posible la reconstrucción de puentes de diálogo necesarios para el bien de todos, y, añaden, el tiempo demostrará el buen acierto de la decisión. Ya lo veremos.

Volviendo al tema de la discrepancia con el Tribunal Supremo, la Ley del Indulto estipula que las únicas condiciones para conceder el indulto son la existencia de una condena previa firme y que el tribunal sentenciador y la Fiscalía emitan un informe, informe que no es vinculante, por lo que el Gobierno es libre de hacer lo que quiera, sin otra responsabilidad que la responsabilidad política —que, en su día, refrendarán o no los ciudadanos a través de las elecciones—.

Ahora bien, no puede negarse que, en la experiencia española, lo habitual es que el Gobierno atienda a las recomendaciones de la Fiscalía y del tribunal sentenciador; de hecho, el número de indultos concedidos con la abierta oposición del tribunal que condenó es mínimo. Sin embargo, el hecho de que se conceda contra el criterio del tribunal sentenciador, circunstancia que sin duda puede propiciar toda clase de críticas, no invalida el indulto.

Dicho lo anterior, es evidente que el jurista no puede limitarse a anotar esa realidad y negar que el indulto es, guste o no, una incursión del poder ejecutivo en las competencias constitucionales del poder judicial, que, además, puede llevarse a cabo en contra del tribunal, y, lo que es más grave, sin necesidad de ofrecer explicaciones profundas y concretas que vayan más allá de la genérica invocación de la necesidad de preservar la paz social.

Pero lo cierto es que la Ley del Indulto no le obliga a dar esa clase de explicaciones. Más aún, en 1988 se modificó la Ley y se cambió el contenido de su artículo 30, de tal modo que la vieja previsión de acuerdo con la cual el indulto se concedería mediante Decreto motivado y acordado en Consejo de Ministros desapareció en la reforma de 1988, que establece parcamente que el indulto se concederá a través de un Real Decreto y que este será publicado en el BOE.

Como es lógico, muchos son los que se preguntan en qué ha quedado la promesa constitucional (art. 9 CE) de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, pero también hay que asumir que esa promesa de interdicción de la arbitrariedad se encuentra entre las declaraciones del Título Preliminar de la Constitución, que proclama principios y valores que han de orientar el orden jurídico y las actuación de los poderes públicos, pero que por sí solos carecen de aplicabilidad inmediata y de la fuerza suficiente como para declarar la inconstitucionalidad de una decisión gubernamental.

Es indudable la importancia de toda la jurisprudencia ordinaria y constitucional relativa al deber de motivar las sentencias y las resoluciones administrativas, pero también hay que aceptar que la «suficiencia de la motivación» se da por cumplida con relativa facilidad, y eso alcanza a la que el Gobierno ha esgrimido para justificar la decisión de conceder los indultos.

Más adelante, al abordar el problema de la impugnación del indulto, volveré sobre este punto.

8. EL ALCANCE DEL INDULTO CONCEDIDO

Por razones evidentes, los indultos solo podían ser, en lo que hace a su extensión en el tiempo, parciales, pues los beneficiados ya habían cumplido una parte de la condena impuesta. Está, por tanto, fuera de lugar el énfasis con el que han ofrecido esa información algunos medios de comunicación.

Otra manera de entender la parcialidad, mucho más importante, es el hecho de que los indultos se extiendan a todas las penas impuestas o solo a algunas de ellas, y, concretamente, de que quede fuera del alcance de la gracia a las penas impuestas por los delitos de malversación. Pero no ha sido así: la malversación por la que habían sido condenados una parte de los indultados también ha sido incluida en el indulto.

Las razones que se aducían para explicar la «razonabilidad» de que no se incluyera la malversación eran, en apariencia, comprensibles. La argumentación sintéticamente expuesta, era la siguiente: la condena por sedición alcanzaba a la dimensión más política de

los hechos, mientras que la de la malversación era más prosaica y carente de épica; se trataba solo del uso de dinero público con fines ilegales. Pero no ha sido así, y al final la condena por malversación ha sido también engullida por el indulto.

Se ha dicho que, realmente, era muy difícil la separación de las imputaciones, pues sedición y malversación formaban una especie de infracción mixta establecida por una relación de concurso medial, lo que aconsejaba tratar el hecho como un suceso unitario. También se dirá que la exclusión de la malversación obligaría a que el Tribunal Supremo volviera a calcular la pena de una malversación independiente de los hechos que se castigarían como sedición, lo cual reviste alguna complejidad, pero no se trata de una dificultad insalvable.

Es interesante observar la ausencia de mención alguna a la pena de inhabilitación para cargo público, la cual, tanto si es pena principal como si es accesoria, ha de ser objeto de concesión específica de indulto, dado que así lo dispone el art. 6 de la Ley del Indulto. El problema es que el regreso a la función pública —esto es, volver a ser parlamentario o cargo público— es precisamente lo que desearían poder hacer algunos de los indultados. La inclusión de la pena de inhabilitación (art. 6 de la Ley), tendría que haber sido objeto de un pronunciamiento específico que el Gobierno no ha querido incluir en los Reales Decretos de indulto.

Al margen de eso, cabe subrayar que solo habían pasado horas y ya en Cataluña se oían bravatas (no de los indultados) referentes a que esa pretensión de negar el derecho a la participación política de los indultados habrá que tenerse por no puesta, y así se pronuncian especialmente los convencidos de que estos indultos son solo la primera estación en la que se detiene el tren de la independencia, cuya segunda estación, según el presidente de la Generalitat, ha de ser la amnistía y el referéndum, amén del obligado desagravio nacional al caudillo de Waterloo.

Queda, por último, hacer referencia a una cuestión que para muchos es, sin lugar a dudas, la más importante, y la única que puede contribuir a que los escépticos acepten la bondad de los indultos: se trata de indultos condicionados. Ello quiere decir que el disfrute de la gracia se condiciona a que los beneficiados por el indulto no vuelvan a cometer un delito grave en un periodo que varía en función de las condenas impuestas. (Dolors Bassa, tres años; Carme Forcadell y Raül Romeva, 4 años; Jordi Cuixart y Jordi Sánchez, 5 años; Oriol Junqueras, Jordi Turull, Joaquim Forn y Josep Rull, 6 años). El disfrute de la libertad se vincula, pues, a que durante estos plazos no vuelvan a cometer delito grave. Hay que destacar que no se indica clase concreta de delito, sino solo que sea «grave» condición que los arts. 13.1 y 33.2 del Código Penal atribuyen a los delitos castigados con pena superior a 5 años de prisión, o con pena de inhabilitación o suspensión superior de 5 años.

La contravención del requisito de no volver a delinquir no solo supondría la cancelación del indulto concedido, sino, además, un nuevo enjuiciamiento y, eventualmente, una posible nueva condena. La inclusión de aquel requisito en el indulto concedido hace que, materialmente, sea una especie de libertad condicional, pero sin haber cumplido con los plazos señalados en el Código penal, si bien, en todo caso, algo diferente al indulto.

Al margen de que siga hablándose del propósito de reformar el Código Penal, como si por esa vía se pudiera resolver todo —lo que, como se sabe, no es cierto—, la condición indicada tiene particular importancia, y, además, coloca a los indultados en peor situación que aquellos penados que se benefician del grado penitenciario de libertad, condicional, pues estos siguen cumpliendo pena en su situación de libertad, ya que esta es una fase, la última, de la ejecución de la pena, pero los indultados han dejado de cumplir la pena, por lo que, en caso de comisión de un nuevo delito, tendrían que regresar a prisión para cumplir lo que faltaba de la pena que ha sido objeto del indulto.

9. EL DESPRECIO DE LOS INDULTADOS Y LAS AMENAZAS VELADAS DE REINCIDENCIA

Algunos de los beneficiados por la gracia no se han recatado en modo alguno a la hora de declarar que volverán a hacer lo que hicieron, esto es, la comisión de los hechos que dieron lugar a la condena de la que ahora han sido indultados. Esas amenazas, rápidamente transformadas en argumentos a favor de las tesis de los detractores del indulto, y es lógico que sea así, merecen alguna reflexión, más allá de la importancia del *verba volant*.

Los indultos que se han concedido son, como es habitual, condicionados, especificación que es plenamente compatible con el hecho de que el indulto sea, en sí mismo, irrevocable (art.18 de la Ley del Indulto). Las condiciones en cuestión pueden ser previas al disfrute de la gracia, como, por ejemplo, el pago de las indemnizaciones, obligación cuyo incumplimiento puede retrasarse el inicio del disfrute del indulto, aunque la puesta en libertad pueda ser inmediata. Las condiciones también pueden estar orientadas al futuro, como lo es la condición lógica y frecuente de que el indultado no vuelva a cometer delitos dolosos en un plazo de un número de años (tres de media). Por lo tanto, el indultado que vuelve a delinquir puede perder el indulto concedido, además de incurrir en una nueva responsabilidad penal.

Otro problema conexo, que es ajeno a los indultados, es el efecto «expansivo» que pueda tener el indulto para los numerosos sujetos que estén sometidos a proceso penal por hechos relacionados con los sucesos de octubre de 2017, o, si se quiere, con el independentismo en general. Respecto a esta cuestión hay que advertir, ante todo, que establecer esa «relación» no es tan fácil, pues se ha oído a acusados por delitos comunes —por ejemplo, el de malversación— declarar (por ejemplo, Laura Borrás, presidenta del Parlamento Catalán) que es perseguida por sus ideas independentistas.

Salvado ese primer obstáculo, hay que recordar que el indulto es, por naturaleza, individual y particular y que no puede extenderse por analogía a ninguna otra situación procesal; siendo esto así, si se estima que concurren razones de equidad o igualdad para promover el indulto de otro condenado concreto, será preciso sustanciar el correspondiente expediente de indulto para esa persona, pues no hay vía jurídica alguna que permita la extensión del indulto por equidad, hipótesis que, además de carecer absolutamente de base legal, constituiría una manera indirecta de introducir, de facto, un prohibido indulto general.

Para muchos observadores, el problema más preocupante es que alguno de los indultados que, en su momento, despreció públicamente la medida de gracia, reivindica las acciones que determinaron su condena, se jacta de ellas y asegura que lo volverá(n) a hacer. Lógicamente, los muchos españoles que son contrarios a la concesión de estos indultos encuentran en este tipo de manifestaciones un argumento definitivo en contra de la concesión de la gracia.

En cuanto al desprecio de la gracia, solo cabe decir que, en el actual estado de la legislación, el indulto no requiere la conformidad del beneficiado. Tal vez si se reforma de una vez la Ley del Indulto, ese será un tema a debatir. Por otra parte, y pensando en el mantenimiento del fuego independentista, hay que convenir en que es fácil concitar la admiración de su público cuando exhiben tan gallardo desprecio por la gracia cuando se sabe que esta no es discutible, lo que quiere decir que el indulto es inamovible.

10. LA PRETENDIDA CONFIGURACIÓN DE UNA «GRACIA ANTICIPADA»

En los días en que escribo estas páginas se ha oído hablar de la posibilidad de que Puigdemont —que, en su momento, huyó de España para eludir la acción de la justicia— pudiera verse beneficiado por un indulto concedido sin necesidad de ser juzgado. De esa vía ha llegado a hablar, al parecer, el propio ministro de Justicia y, por supuesto, los abogados y voceros del independentismo. A este clima de opinión en el ámbito independentista se suma unas desafortunadas declaraciones de una ministra de Podemos que, en su ignorancia, ha afirmado que la suma de los indultos concedidos, más, o a la vez que, la reforma del Código Penal, debiera propiciar el retorno de Puigdemont y demás huidos sin temor a responsabilidades penales. De acuerdo con el derecho vigente, esta hipótesis, antijurídica porque no prevista en nuestro ordenamiento, es imposible, aunque sea una ministra la que la sugiera.

Si los huidos regresaran, el primer paso sería forzosamente su comparecencia ante el tribunal que tiene ordenada su detención, en este caso, el Tribunal Supremo, y habría de ser el propio TS o el magistrado que actúe en su nombre quien decidiera sobre la situación personal de todos ellos acordando la puesta en libertad o la prisión, medida esta última, que, a su vez, solo podría acordar a petición de la acusación; sería de esperar que solo atendiera al criterio del Ministerio Fiscal.

No cabe duda de que los indultos que se han concedido pueden tener repercusión en los procedimientos penales que siguen abiertos por hechos vinculados a los sucesos de octubre de 2017, pero sobre el modo en que pueda traducirse esa influencia no resulta posible imposible hacer pronósticos. Puede que algunos casos acaben por sobreseimiento, y otros con condena con o sin recomendación de indulto. Pero lo que, a mi entender, no pueden propiciar en ningún caso es la llamada «gracia anticipada», sin perjuicio de que la actual decisión de indultar podría propiciar futuros nuevos indultos.

La otra «solución» para evitar a Puigdemont y compañía detenciones y juicios —y eso explica que la soliciten muchos políticos independentistas, con Aragonés a la cabeza—

sería la amnistía, que, al margen del debate sobre si es o no posible en nuestro Derecho (personalmente, creo que es posible, dado que está regulada por una específica ley orgánica, y lo que la Constitución prohíbe son los indultos generales, figura penal diferente de la amnistía), es una medida de carácter general, esto es, no existe la «amnistía personal». La configuración de una amnistía general creo que es harto difícil y, en cualquier caso, sería una construcción técnica de casi imposible encaje en nuestro sistema.

La argumentación en favor de la viabilidad del indulto anticipado es aparentemente correcta, pero no resiste el paso por una interpretación adecuada, con perspectiva histórica y, sobre todo, constitucional.

Todo parte del artículo 3 de la Ley del Indulto de 1870, precepto que señala que lo dispuesto en el artículo 2 —que excluye de la posible gracia a los que no hubieran sido previamente condenados y a los que no estuvieran a disposición del tribunal sentenciador para el cumplimiento de la posible condena— no será aplicable a los penados por delitos comprendidos en el Capítulo I, secciones primera y segunda del capítulo II, y en los Capítulos III, IV y V, todos del título II del Libro II del Código Penal. La inferencia que algunos extraen es que resulta posible indultar a los autores de delitos incluidos en esa relación sin necesidad de esperar a que recaiga una sentencia condenatoria, e, incluso sin la restricción del indulto a no reincidentes ni de que están a disposición del tribunal, consecuencias ambas que no pueden darse por excluidas con esa simpleza.

Ante todo, hay que recordar no solo que la Ley del Indulto es previa a la Constitución, y que, por lo tanto, para que se acepte que no ha sufrido una derogación tácita, debe ser interpretada con arreglo a ella. Es evidente que el art. 3 configura una excepción a la regla, dirigida a los antiguos delitos políticos, y, más concretamente, a los militares que, como tantas veces sucedió durante el siglo XIX, conspiraban para imponer su voluntad por la vía de un golpe de Estado, comportamiento que generaba responsabilidad penal para grandes grupos de sujetos, que podían beneficiarse de la anticipación de la gracia cuando se estaba ante un indulto general para todos los implicados, situación en la que la eficacia del indulto no se hacía depender del pronunciamiento de la condena específica para cada uno. La frecuencia de los cuartelazos intentados aconsejaba introducir fórmulas que evitaran un primer paso consistente en enviar a la cárcel a cientos de personas. La Ley del Indulto es un producto del Gobierno liberal que rige España tras el triunfo de la Revolución Gloriosa, que supuso la expulsión de Isabel II, y se hacía preciso liquidar todos los procesos penales de raíz política emprendidos por los Gobiernos isabelinos.

Que esa clase de situaciones podía ser imaginable lo prueba el artículo 666 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, que incluye como uno de los artículos de previo pronunciamiento la amnistía o el indulto, lo cual presupone que la concesión de la gracia antes de llegar al juicio oral, por lo que procede acordar el sobreseimiento libre de acuerdo con lo que dispone el art. 675 para el caso de que se declara que ha lugar a cualquiera de las excepciones comprendidas en los números 2º, 3º y 4º del artículo 666.

En la actualidad, están prohibidos los indultos generales, por lo que es muy difícil imaginar que un proceso penal se incoe contra un reo ya indultado en virtud de una medida

general de gracia. Pero es que, además, el artículo 3 de la Ley del Indulto de 1870, que es la vía por la que alguno quiere introducir la excepción, se dirige a los *penados por delitos comprendidos...* y para tener la condición de penado es preciso haber sido condenado, con lo cual la excepción conduce a otra interpretación imposible: considerar penado, esto es, condenado, a alguien que no ha sido todavía juzgado, lo cual, de acuerdo con la Constitución de 1978, es incompatible con la presunción de inocencia. A ello debe añadirse que, en virtud del monopolio de la jurisdicción penal, para apreciar la existencia de delitos es preciso que un tribunal penal haya atribuido esa calificación a un hecho en una sentencia.

Tampoco hay que olvidar que Puigdemont está también acusado de malversación, delito no comprendido en la supuesta excepción, y no es dable pensar la retirada de esas acusaciones por parte del Ministerio Público y la Abogacía del Estado para facilitar la que en todo caso sería una interpretación forzadísima e inconstitucional de la ley.

11. LA IMPUGNACIÓN DEL INDULTO

Otro campo polémico, ligado a la controversia que existe sobre la decisión de conceder el indulto, es el de las vías para impugnar esa decisión ante la jurisdicción ordinaria. Si hay debate, según se dice, es porque no existe una respuesta clara del Derecho positivo, por lo que las opiniones son divergentes.

La Ley del Indulto de 1870 no hace referencia alguna a la posibilidad de que pueda recurrirse un indulto concedido por el Gobierno. Por el contrario, su artículo 18 dispone: «La concesión del indulto es por su naturaleza irrevocable, con arreglo a las cláusulas con que hubiere sido otorgado». Es evidente que pesa de un modo determinante la condición de acto político y, como tal, sustraído al control judicial.

Otros estiman que la Ley de 1870 debe acomodarse a la Constitución de 1978, y que ello debería dar lugar, por lo menos, a que el uso del derecho de gracia, que suscribe el rey, pudiera ser controlado por el Tribunal Constitucional para verificar, por una parte, que la concesión de indulto se ha realizado con arreglo a la ley, y, por otra, que ha sido respetado el valor constitucional que garantiza la interdicción de la arbitrariedad, así como el derecho fundamental a la igualdad.

Las posturas que se oponen a cualquier control, y las que solo admiten la intervención del Tribunal Constitucional son, creo, excesivas. Es preciso configurar un control jurisdiccional, esto es, ante los tribunales ordinarios, que pueden revisar cualquier acto del Gobierno —y la concesión de un indulto también lo es— y no puede ser elevada a la categoría de «disposición de carácter general» para, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, excluir de su conocimiento a ese orden jurisdiccional.

Nada de anormal hay en ello si se repara en que el sistema penal contiene figuras que, de un modo más o menos abierto son, en el fondo, expresión del ejercicio de facultades

discrecionales, regladas, sí, en las condiciones de su ejercicio, pero inspiradas en la gracia, entre ellas la suspensión de la ejecución de la pena, que está judicializada.

La tradicional «intangibilidad» del indulto por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa se quebró en el año 2000, y desde entonces se ha ido consolidando una cierta jurisprudencia sobre la cuestión en la que destaca, de una parte, el rechazo sistemático de cualquier acción impugnatoria de la denegación de indultos, y, de otra, la advertencia de que, pese a la condición de acto político de efectos irrevocables, su concesión ha de ajustarse a un procedimiento legalmente establecido. Por lo tanto, el control que se considera indiscutiblemente posible es el que versa sobre los aspectos formales de la gracia, pero excluyendo los de índole material, esto es, los que conciernen a la suficiencia y razonabilidad de la motivación.

Así pues, el Tribunal Supremo no admite una revisión que alcance al criterio que ha guiado el ejercicio de la gracia. Sentada esa fundamental limitación del alcance de la competencia de la Sala Tercera del TS, se resitúa la importancia de la legitimación para impugnar, que en opinión mayoritaria requiere haber sido parte en el proceso, condición que, en este caso, no cumple el PP, aunque ha anunciado su propósito de recurrir en queja por esa exclusión. Cabría tal vez admitir la legitimación de VOX, pero ese partido ejerció la acción popular en el proceso lo cual supone que quien la ejerce no está afectado por el delito, y, por lo mismo, tampoco le afectaría la concesión o denegación del indulto. Pero si lo que se desea, en último término, es llegar al Tribunal Constitucional será preciso el previo tránsito, de uno u otro modo, por la jurisdicción contencioso-administrativa.

No es difícil aceptar que, pese a las manifestaciones vertidas por alguno de los indultados sobre la condición de «triunfo» del indulto y la consiguiente derrota del Gobierno, obligado a presentarse ante Europa con otra imagen que la de los que pueden ser indultados, el Gobierno puede justificar el indulto por las razones que ya ha apuntado: utilidad pública y necesidad de recuperar la paz social calmando una situación especialmente crispada.

La inevitable conclusión es que, guste o no, a la luz de la actual legislación la concesión de un indulto apenas está sujeta a control judicial. Y en ese punto hay que advertir que no es esa la línea dominante en el Derecho comparado, en el que se aprecia una aceptación del derecho de gracia como instrumento para adoptar decisiones político-criminales razonables, pero, simultáneamente, se establece un razonable control jurisdiccional orientado a evitar la arbitrariedad o la desigualdad, y en esa dirección se situaban los fallidos proyectos de nueva Ley del Indulto impulsados por el Partido Socialista y por el Partido Popular: uno y otro abrían la puerta al control jurisdiccional, y no solo en referencia a la observancia del procedimiento, sino también a la suficiencia de la motivación.

En mi opinión, esa razonable judicialización del indulto a través de la introducción de un control de la clase indicada sería conveniente y positiva. Cuestión diferente, cuya importancia no se discute, podrá ser la determinación del órgano jurisdiccional competente, pues no hay que olvidar que las dimensiones esenciales del indulto son la penal y la constitucional.

Otro delicado problema sería el de la legitimación para impugnar, pues no parece razonable que cualquier ciudadano, vinculado o no con el hecho que determinó una condena que luego fue objeto de indulto, pudiera recurrir su concesión. Esa es, indirectamente, la pugna que en estos momentos está manteniendo el PP al exigir que se le permita personarse para impugnar, pese a que, como dije antes, no había sido parte en la causa. Para justificar esa pretendida legitimación, algunos han sugerido que podría basarse no en el hecho de la concesión en contra de la posición del tribunal, sino en el modo en que se inició el expediente de indulto, que partió de la petición de un ciudadano ajeno al *procés* que decidió solicitar el indulto por su cuenta. Esta forma de iniciar del procedimiento al margen de los condenados podrá parecer un tanto extraña, mas no choca con la letra de la Ley del Indulto, que ciertamente tiene muy abierta la puerta a posibles solicitantes.

Todo esto expone a la luz pública la injustificable irresponsabilidad de las fuerzas políticas españolas, que, pese a los años transcurridos desde que la Constitución acogió el derecho de gracia, han sido incapaces de alumbrar una nueva Ley del Indulto. Los motivos, a buen seguro, serán vergonzosos y se mezclarán con intereses políticos de corto plazo, entre ellos el debate sobre la «lista» de delitos que, según unos u otros, deberían estar totalmente excluidos de la eventual concesión del indulto.

En cambio, si la causa de la anulación fuera de fondo —esto es, la discrepancia con la razón de la decisión—, estallaría el conflicto de jurisdicciones, pues el ejercicio del derecho de gracia está básicamente atribuido al Gobierno por la Constitución, y no al poder judicial, aunque este participe en funciones de «gracia» o inspiradas en ella —como sucede, por ejemplo, con la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena—, pero no llega a tener la potestad de indultar.

Entre los constitucionalistas españoles ha habido algunos partidarios de configurar un espacio de libertad decisoria para el rey que vaya algo más allá de la potestad de encargar la formación de Gobierno al aspirante que pueda obtener la investidura. Para dibujar ese espacio se recurriría a la potestad constitucional de mediar, aconsejar y equilibrar. Ahora bien: esa función arbitral no es un poder independiente de los demás poderes clásicos del Estado de Derecho, sino solo una capacidad para intentar persuadir respaldada, es verdad, por la Constitución, pero normada en meras cláusulas generales e indeterminadas de apoderamiento que el paso del tiempo va modulando y concretando como, por ejemplo, cuando antes de encargar la formación de Gobierno recibe a todos los representantes de los partidos incluyendo a los que no tienen posibilidad de gobernar. Esos son actos debidos que no expresan poder específico alguno.

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL SOUTO, Miguel (2013): «El indulto: una propuesta para incluir en el Código Penal su regulación adaptada a principios constitucionales básicos y al Estado democrático de derecho», *Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV*, 9, 2-5.
- AGUADO RENEDO, César (2001): *Problemas constitucionales en el ejercicio de la potestad de gracia*, Madrid: Civitas.

- CÓRDOBA RODA, Juan y Joaquín TORNOS MAS (2014): «Los indultos y su control jurisdiccional», *Revista jurídica de Catalunya*, 113(1), 39-78.
- DOVAL PAIS, Antonio, Isidoro BLANCO CORDERO, Cristina FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, Clara VIANA BALLESTER y Juan Carlos SANDOVAL CORONADO (2011): «Las concesiones de indultos en España (2000-2008)», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 9, 1-27.
- GARCÍA MAHAMUT, Rosario (2004): *El indulto. Un análisis jurídico-constitucional*, Madrid: Marcial Pons.
- LINDE PANIAGUA, Enrique (2000): «El indulto como acto de administración de Justicia y su judicialización: Problemas, límites y consecuencias», *Teoría y Realidad Constitucional*, 5, 161-176.
- LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando (1996): «Una reflexión a propósito del control parlamentario del ejercicio del derecho de gracia», *Revista de las Cortes Generales*, 37, 329-342.
- MORALES PRATS, Fermín (2016): «Art. 130», en G. Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Código Penal español*, Cizur Menor: Aranzadi.
- PERANDONES ALARCÓN, María (2013): «El indulto y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos», *La Ley Penal*, 103, 2.
- PÉREZ FRANCESCH, Joan Lluís (2009): «Amnistía, indulto e intencionalidad política». en M. J. Espuny, O. Paz y P. Ysàs (coords.), *30 años de la Ley de Amnistía: (1977- 2007)*, Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona-Dykinson, 57-70.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (2020): «La cuestión catalana, la petición de amnistía y la reforma del delito de sedición», *Almacén de Derecho*, septiembre.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier (2008): «Una lectura crítica de la Ley de Indulto», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2.
- SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando (2005): «El control sobre la razonabilidad del indulto desde el plano constitucional», *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 5, 962-969.

Fecha de recepción: 30 de junio de 2021.

Fecha de aceptación: 16 de agosto de 2021.