

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA REGULACIÓN DEL  
INDULTO AL HILO DEL CASO DEL *PROCÉS*  
*SOME REFLECTIONS ON THE SPANISH REGULATION OF THE  
PARDON WITH REGARD TO THE CASE OF THE PROCÉS*

*Julio Banacloche Palao*

*Catedrático de Derecho procesal  
Universidad Complutense de Madrid*

RESUMEN

Los indultos concedidos a los condenados por los delitos cometidos en septiembre y octubre de 2017 durante el intento de secesión de Cataluña (caso del *procés*) han reavivado la polémica acerca de la regulación vigente en materia de indultos. Al tratarse de una ley de 1870, es perfectamente posible que los tribunales ordinarios procedan a inaplicar o modular la aplicación de sus preceptos, cuando los consideren contrarios a las exigencias constitucionales. Así sucede con los indultos otorgados no por razones de justicia o equidad, sino de utilidad pública, como son los del *procés*, máxime cuando se conceden en bloque —lo que puede suponer un indulto general— y existiendo un evidente conflicto de interés —al ser los beneficiados los líderes de partidos políticos que dan estabilidad parlamentaria al Gobierno—. En cualquier caso, una nueva ley de indultos permitiría evitar el uso indebido de las medidas de gracia y ajustarlas a lo que requiere la Constitución.

PALABRAS CLAVE

Derecho de gracia, indulto, proceso catalán, utilidad pública.

ABSTRACT

The pardons granted to those convicted of crimes committed in September and October 2017 during the attempted secession of Catalonia (in the judicial case generally known as The *procés*) have rekindled the controversy about the current regulation on pardons. As the applicable Law dates from 1870, it is perfectly possible that the ordinary courts decide not to apply its articles or modulate its application, if they consider them contradictory to constitutional requirements. This is the case with pardons granted not for reasons of justice or equity, but for public utility, such as those of the *procés*, especially when they are granted en bloc —which can mean a general pardon— and there is an evident conflict of interest —because their beneficiaries are the leaders of political parties that give parliamentary stability to the Spanish Government-. In any case, a new Pardon Law would prevent the improper use of measures of clemency and adjust them to what the Constitution requires.

KEYWORDS

Right of pardon, pardon, Catalan procedure, public utility.

DOI: [doi.org/10.36151/td.2021.013](https://doi.org/10.36151/td.2021.013)

# ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA REGULACIÓN DEL INDULTO AL HILO DEL CASO DEL *PROCÉS*

Julio Banacloche Palao

Catedrático de Derecho procesal  
Universidad Complutense de Madrid

**Sumario:** 1. El derecho de gracia en la Constitución española. 2. La aún vigente Ley del Indultos: una regulación probablemente inconstitucional. 3. Los indultos concedidos a los presos del *procés*: una decisión de difícil encaje constitucional. 4. La impugnación de los Decretos de concesión de los indultos. 5. Conclusión: la absoluta necesidad de una nueva regulación en materia de indultos. Notas. Bibliografía.

## 1. EL DERECHO DE GRACIA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

I. La lectura del texto de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978 (en adelante CE) pone de manifiesto que la voluntad expresa de los constituyentes fue mantener la tradicional figura del «derecho (o potestad o prerrogativa) de gracia», dado que se menciona hasta en tres ocasiones a lo largo de su articulado. No puede, pues, dudarse de que estamos ante una institución perfectamente constitucional, lo que no es óbice para que deba buscarse tanto el fundamento como la finalidad que justifican su existencia en un sistema político moderno regido por el principio de separación de poderes y por la igualdad de sus ciudadanos ante la ley y los poderes públicos.

II. La primera referencia al derecho de gracia en nuestra Constitución se encuentra en el art. 62 letra i), que dispone: «Corresponde al Rey [...] i) Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales». De este precepto podemos extraer tres conclusiones: *i*) que el derecho de gracia no solo es perfectamente constitucional, sino que sería inconstitucional que no se contemplara en nuestro ordenamiento jurídico; si así fuera, se estaría privando al rey del ejercicio de una facultad que le está expresamente atribuida por la CE; *ii*) que el derecho de gracia ha de configurarse legalmente, de manera que las potestades del rey en ese punto serán únicamente las que

le confiera la ley que lo regule; y *iii*) que en ningún caso la ley reguladora de las medidas de gracia puede incluir la autorización de conceder indultos generales, esto es, aquellos que se refieran a una generalidad de sujetos sin atender a sus circunstancias particularizadas (en este sentido, parece que el indulto general se opone al indulto particular, que es el que se concede a un único sujeto en atención a su específica situación); esto significa que los indultos deben analizarse y decidirse de forma individualizada y no en bloque o conjuntamente.

A la vista de la ubicación del precepto, no ha lugar a la polémica acerca de la mayor o menor libertad que tiene el rey para poder rechazar cualquier indulto que se le proponga: se trata de un acto puramente formal que se integra dentro de la función simbólica de la Corona y que, en consecuencia, requiere el refrendo del Ministro del ramo, que aquí es el de Justicia (antaño denominado, precisamente, de *Gracia* y Justicia)<sup>1</sup>. En consecuencia, el rey no puede negarse a firmar un indulto que se le presente, y precisamente por eso, como en todos los demás casos de acto refrendado, su actuación no implica aquiescencia o conformidad con el contenido de lo firmado.

III. Los otros dos preceptos que hacen referencia al derecho de gracia en el texto constitucional son los arts. 87.3 y 102.3. El primero prohíbe que la iniciativa legislativa popular pueda utilizarse para solicitar el ejercicio del derecho de gracia («[...] No procederá dicha iniciativa [...] en lo relativo a la prerrogativa de gracia»). Esta prohibición es muy significativa porque parece querer desvincular los indultos de la presión popular, que tendría como máxima expresión el hecho de que más de 500.000 ciudadanos solicitaran esa medida para uno o varios sujetos condenados. Este precepto nos aporta una referencia importante a la hora de configurar la regulación legal de los indultos: la reclamación de la ciudadanía no puede ser tenida en cuenta como factor determinante o influyente en la concesión de la medida (ni a favor ni en contra, es decir, ni para pedir que se indulte a alguien en particular ni para reclamar que se proscriban los indultos en determinados delitos o en relación con determinadas personas).

Por su parte, el art. 102.3 CE también tiene un contenido limitativo: no autoriza el ejercicio de la prerrogativa de gracia por el Gobierno cuando haya habido una condena penal del presidente del Gobierno o de alguno de sus ministros. También de aquí se deduce un mensaje importante para una regulación futura: la Constitución no quiere —si se puede hablar así— que quien tiene en su mano conceder la medida de gracia la use para librarse a sí mismo o a sus colaboradores directos de la responsabilidad criminal que se haya podido declarar contra ellos. Bien es cierto que esa prohibición no se extiende a otros cargos de representación política (como diputados, senadores o dirigentes autonómicos), pero invita a reflexionar sobre si el uso del indulto como instrumento para extinguir la pena de responsables políticos no implica una disonancia con el espíritu constitucional, por más que no esté expresamente prohibido por su texto<sup>2</sup>.

IV. Dada la parquedad que, como acabamos de ver, caracteriza a la regulación constitucional de las medidas de gracia, corresponde a la doctrina perfilar los contornos que permitan compatibilizar esta figura con los principios y valores de un Estado de Derecho a fin de que aquellas no sean simplemente la expresión de una voluntad soberana y arbitraria

que con una mano perdona la condena que ella misma ha impuesto con la *mano contraria* (como sucedía en el ámbito del Antiguo Régimen, caracterizado por el absolutismo político), sino el reflejo de una concepción moderna del papel del Estado, al que se permite atemperar en presencia de determinadas circunstancias la vara de la justicia, pero sin quebrarla con comportamientos inadmisibles por su arbitrariedad.

En nuestra opinión, el único fundamento constitucional que puede predicarse actualmente del derecho de gracia es el que lo vincula con la necesidad de hacer justicia, que es un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y que supone dar a cada cual lo que le corresponde, esto es, retribuir a cada uno como se le debe. En algunas ocasiones, la aplicación estricta de la ley (y en particular, de la ley penal, que es la que más afecta a la libertad y dignidad de las personas) no conduce a resultados justos, sino más bien insospechadamente perversos (*summum ius, summa iniuria*<sup>3</sup>), y por eso resulta necesario reconducirla a unos extremos más razonables a través de diversos mecanismos, entre los que se hallan las medidas de gracia. Así sucede, *v. gr.* cuando la pena es claramente desproporcionada en relación con el delito cometido y no puede corregirse esa situación mediante las previsiones del Código Penal; o cuando la condena llega tan tardíamente —por más que se haya podido aplicar la circunstancia atenuante, incluso muy cualificada, de dilaciones indebidas— que el delincuente ya no es la misma persona que cometió el delito, de modo que, en lugar de contribuir a su reeducación o resocialización el cumplimiento de la pena podría producir su reintegración en el mundo criminal; o cuando la conducta del interno le hace merecedor de una reducción de su pena que le permita adelantar su puesta en libertad; o si se ha descubierto un error judicial y no hay otra forma de evitar que se cumpla (o continúe cumpliéndose) la condena impuesta.

La finalidad de estas medidas de gracia es, pues, adoptar una decisión en la aplicación del Derecho penal que responda más adecuadamente al objetivo resocializador de las penas (art. 25.1 CE), como sería, por ejemplo, cambiar la pena impuesta por una menor o sustituirla por otra distinta a la originariamente impuesta, algo que el cumplimiento penitenciario no conseguiría en el caso concreto (o incluso, como ya se ha señalado, podría ser contraproducente). Es esencial que esta finalidad se razone y concrete en la decisión que se adopte, para evitar cualquier tipo de arbitrariedad, proscrita para todos los poderes públicos en todas sus actuaciones (art. 9.3 CE)<sup>4</sup>.

V. Resulta muy importante tener presente el fundamento y la finalidad de las medidas de gracia —cuya única modalidad habitual, actualmente, es el indulto particular, puesto que la amnistía puede entenderse proscrita con la prohibición del indulto general<sup>5</sup>—, dado que estas no dejan de ser una realidad constitucionalmente liminal, en la medida en que contradicen abiertamente algunos principios constitucionales básicos. Para empezar, genera una situación de inseguridad jurídica (art. 9.3 CE) porque no responde a criterios y parámetros estandarizados que permitan conocer con carácter previo en qué casos particulares se va a ejercer la prerrogativa de gracia y en cuáles no. También supone una quiebra del principio de igualdad (art. 14 CE), puesto que implica que el Código Penal se aplica de manera diferente a personas que han podido ser condenados por los mismos delitos. Incluso cabe entender que la prerrogativa de gracia vulnera el principio

de legalidad en el ámbito penal, dado que deja sin efecto práctico el contenido de sus preceptos (art. 9.3 CE).

Además, afecta gravemente a la separación de poderes, porque la potestad de ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales (art. 117.3 CE) y al poder ejecutivo compete únicamente la obligación de cumplir las sentencias dictadas en sus propios términos (art. 118 CE), y con los indultos es el Gobierno quien decide dejar sin efecto todo o parte de una condena, quebrando así la ejecutividad propia de las resoluciones judiciales<sup>6</sup>.

Por consiguiente, para que la adopción de las medidas de gracia sea conforme a la Constitución no basta que se acomoden a lo que establece una ley, cualquiera que las regule, como si esta pudiera configurarse con cualquier contenido, sino que han de responder al fundamento y a la finalidad ya señalados porque estos son los únicos que justifican que el ejercicio de la prerrogativa de gracia prevalezca frente a los principios constitucionales de seguridad jurídica, legalidad, separación de poderes, igualdad ante la ley y ejecutividad de las resoluciones judiciales.

## 2. LA AÚN VIGENTE LEY DEL INDULTO: UNA REGULACIÓN PROBABLEMENTE INCONSTITUCIONAL

I. La actual Ley del Indulto (en adelante, LI), de 18 de junio de 1870, está en vigor desde el 14 de julio de 1870 (se publicó en la Gaceta de Madrid, núm. 175, de 24 de junio) y, a lo largo de sus más de ciento cincuenta años de existencia, apenas ha experimentado unas ligerísimas modificaciones<sup>7</sup>. Cuando se aprobó, estaba vigente la Constitución revolucionaria de 6 de junio de 1869, que permitía al rey indultar a los delincuentes salvo que fueran ministros (art. 73, sexto), y aprobar amnistías e indultos generales, por medio de una ley especial que debía aprobar el Parlamento (art. 74, quinto). Por ese motivo, la ley aprobada un año más tarde solo se refiere al indulto particular, es decir, el que no exigía una ley propia para ser acordado, sino simplemente la aplicación de las normas comunes previstas para todos los casos<sup>8</sup>.

En principio, la Ley del Indulto permite indultar la pena impuesta por todo tipo de delitos, bien de modo total, bien de forma parcial (art. 1 LI). En caso de que se trate de un indulto parcial, puede revestir varias modalidades: perdón de parte de la pena, remisión de alguna o algunas penas cuando haya varias impuestas o sustitución por otra diferente menos gravosa (art. 4). Para poder indultar a un sujeto solo se exige que haya condena en firme, que el reo esté a disposición del tribunal y que no sea reincidente (art. 2 LI)<sup>9</sup>. No se requiere ni solicitud propia (arts. 19 y 21 LI) ni arrepentimiento, aunque la ausencia o presencia de este ha de ser tomado en cuenta por el tribunal sentenciador en su informe (art. 25 LI).

Los motivos por lo que se puede conceder el indulto tampoco se especifican de forma clara. Para conceder el indulto total, el art. 11 LI exige la existencia a favor del penado de

«[...] razones de justicia, equidad o utilidad pública, a juicio del tribunal sentenciador y del Consejo de Estado». Pero si se pretende otorgar uno parcial, no solo no se requiere expresamente la concurrencia de esas mismas o cualesquiera otras razones similares, sino que parece que no se precisa razón alguna, si atendemos a la redacción del art. 12 LI. Por lo tanto, en la configuración de la Ley del Indulto, para poder indultar a alguien bastaría que, como indica el art. 15 LI, el indulto «[...] no cause perjuicio a tercera persona o no lastime sus derechos» (expresión cuyo significado es más bien oscuro, dado que el Estado es el titular del *ius puniendi* y solo a él corresponde decidir sobre la pena; cuestión distinta es la protección a la víctima, la evitación de una posible reincidencia, etc., pero no parece que la Ley del Indulto esté pensando en eso); y que se oiga al ofendido cuando se trate de un delito perseguible solo a instancia de parte (de los que actualmente solo permanece en el Código Penal el de injurias cometidas entre particulares).

II. De todo lo expuesto ya cabe deducir una primera conclusión, que resulta una absoluta obviedad: se trata de una ley obsoleta, pensada para una situación política y jurídica absolutamente diferente a la actual y que sigue concebiendo los indultos como una decisión básicamente política de la que no deben proporcionarse demasiadas explicaciones<sup>10</sup>. Huelga decir que el poder judicial de entonces no es el de ahora, que la relación entre el poder ejecutivo y el monarca no es, desde luego, la misma y que la concepción del principio de igualdad en la aplicación de la ley no resulta comparable en una época y otra. En una materia como esta, donde está implicado el imperio de la ley, la división de poderes y la actuación «discrecional» del Gobierno, no puede aceptarse sin más que los términos en que está redactada la Ley del Indulto sea conforme con la Constitución. En consecuencia, lo primero que puede plantearse el tribunal que aplica sus preceptos es si estos resultan o no adecuados con los principios constitucionales y, en caso de entender que no lo son, proceder bien a su inaplicación por entenderlos derogados por el inciso 3 de la Disposición derogatoria de la propia CE, bien a matizarlos sobrepasando incluso el tenor literal de la ley, bien a plantear una cuestión de inconstitucionalidad para que sea el Tribunal Constitucional quien decida si la norma continúa o no en vigor.

Recordemos, a estos efectos, que es doctrina consolidada de dicho Tribunal que los tribunales ordinarios pueden declarar contrarios a la carta magna aquellos preceptos vigentes antes de la promulgación de la Constitución, sin necesidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, cuando entiendan que se oponen frontalmente a lo dispuesto en ella. Si consideran que el caso resulta dudoso, pueden suscitar dicha cuestión para que el Tribunal Constitucional decida al respecto<sup>11</sup>. Incluso se les ha permitido «modular» la aplicación de los preceptos integrados en leyes preconstitucionales, adaptándolos a las exigencias impuestas por la CE<sup>12</sup>.

Resulta importante hacer hincapié en lo que acaba de decirse porque en el reciente debate público sobre la aplicación del indulto a los presos del *procés* —al que se volverá más abajo— se ha reiterado insistentemente que el indulto es una figura plenamente constitucional, cosa que nadie discute, como ya se ha señalado; pero esa afirmación no tiene por qué predicarse necesariamente de la ley que los regula, que es muy anterior a la CE y, en consecuencia, puede no corresponderse con los principios que esta consagra<sup>13</sup>.

III. De la vigente Ley del Indulto cabe igualmente destacar el hecho de que no solo la configuración misma del indulto, sino también el procedimiento contemplado en ella no se compadecen bien con lo que debería ser una regulación conforme a lo exigido por la Constitución. Para empezar, no se exige que lo solicite el propio interesado (art. 19 LI), por lo que puede darse la paradoja —como sucede en el caso de alguno de los presos del *procés*— que se tramite el expediente y aun que se conceda el indulto contra la voluntad del beneficiado. Incluso puede instarlo de oficio el propio Gobierno, aun cuando no lo haya solicitado ni el interesado ni el tribunal sentenciador (art. 21 LI), lo que supone claramente una intromisión gubernativa en la ejecución de las sentencias penales firmes que carece de cualquier justificación.

Tampoco se condiciona la concesión del indulto a que el futuro beneficiado haya reconocido su delito, muestre arrepentimiento o haya satisfecho las responsabilidades civiles —requisitos, todos estos, que suelen exigirse para acceder a progresiones de grado y beneficios penitenciarios, medidas menos favorables y decisivas para el preso que un indulto—, sino que puede concederse sin que concurra ninguno de ellos o, lo que es aún más sorprendente, aunque estén presentes sus contrarios (como también ha sucedido en el caso del *procés*).

Por último, la decisión adoptada por el Consejo de Ministros debía ser originariamente motivada (art. 30 LI), pero en la reforma operada por la Ley 1/1988, de 14 de enero, se suprimió ese requisito, lo que ha intensificado aún más, si cabe, la discusión acerca del carácter de acto político del indulto —como opuesto a acto jurídico—, lo que conllevaría que no estuviera sujeto a control jurisdiccional (o, si acaso, únicamente su *iter* procedimental, pero no el fondo de la decisión, que, al no requerir motivación, permitiría ocultar las razones que determinaron su adopción).

Como puede observarse —y a pesar de que la modificación del art. 30 LI fue postconstitucional—, tampoco parece que el procedimiento de concesión de los indultos sea un modelo de transparencia y de respeto a los valores democráticos y constitucionales, dado que, aplicando el tenor literal de sus preceptos, permite conceder un indulto a quien se opone a él y que además carece de merecimientos para obtenerlo, todo ello sin necesidad de concretar las razones que han justificado la adopción de la medida.

IV. Todo lo dicho hasta aquí pone de manifiesto no solo la necesidad que existe desde hace mucho tiempo de cambiar la normativa en materia de indultos, sino también la imposibilidad de aplicar la legislación vigente en sus propios términos so pena de incurrir en una posible vulneración de los principios y preceptos de la Constitución, que prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), exige tener presente la reinserción y resocialización para adoptar medidas de carácter penitenciario (art. 25.1 CE) y obliga a que todo acto de un órgano público sirva a los intereses generales y esté sujeto plenamente a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE).

Cabe preguntarse cómo es posible que, después de más de cuarenta años de vigencia constitucional y mayorías parlamentarias de signo político diverso, ningún grupo político haya planteado en serio la sustitución de la Ley del Indulto de 1870 por otra no solo más moderna, sino más acorde con la Constitución<sup>14</sup>. Aunque sea un juicio de intenciones,

la respuesta puede hallarse en los beneficios que para cualquier Gobierno supone tener a su disposición una ley de indultos con las características de la actual: sin limitación de tipos de delitos que puedan ser indultados, sin exigencias específicas que tengan que haber cumplido los posibles beneficiados, sin necesidad de motivar las razones que justifican la medida y sin un verdadero control posterior de los tribunales. Una regulación tal permite al ejecutivo disponer de un arma política de primer orden para dispensar favores (políticos o personales) que permitan solucionar a posteriori el problema (político o personal) que el poder legislativo (por medio de la ley penal que se aplicó) y el judicial (imponiendo dicha ley) puedan ocasionarle. La cuestión es si deseamos que esto continúe de la misma manera o si la polémica generada por los indultos concedidos a los presos del *procés* puede servir de palanca para cambiar la legislación sobre esta materia y adecuarla por fin al modelo constitucional.

### 3. LOS INDULTOS CONCEDIDOS A LOS PRESOS DEL *PROCÉS*: UNA DECISIÓN DE DIFÍCIL ENCAJE CONSTITUCIONAL

I. Los hechos que dieron lugar a la condena de varios políticos y líderes sociales catalanes son de sobra conocidos y, en todo caso, vienen prolijamente relatados en la sentencia que los condenó (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 4.ª, núm. 459/2019, de 14 de octubre, causa 20907/2017). A resultas de ellos se dictaron diversas condenas por sedición y malversación de caudales públicos y se impusieron penas que en algún caso alcanzaban los trece años de prisión (como en el caso de Oriol Junqueras). Conviene destacar que los condenados (y posteriormente indultados) no solicitaron nunca su indulto ni consideraron que sus actos fueron constitutivos de delito alguno. Los expedientes se iniciaron, por tanto, a petición de algunos sujetos particulares y de ciertas entidades políticas y sociales sin que fueran directamente respaldados por sus posibles beneficiados.

En todos los casos, los informes preceptivos de la Fiscalía y del tribunal sentenciador fueron desfavorables a la concesión del indulto, básicamente porque en el expediente no se revelaban comportamientos individuales de los condenados que les hiciera merecedores de la medida de gracia y porque las razones principales en que se fundaba la petición (entre ellas, que el proceso que los condenó había vulnerado derechos fundamentales de los acusados o que las penas finalmente impuestas eran excesivas y desproporcionadas) no resultaban atendibles. Además, en ambos informes se alertaba del riesgo de que, dada la condición de dirigentes políticos de los indultados y la necesidad de la colaboración de sus fuerzas parlamentarias para el sostenimiento del Gobierno indultante, pudiera estar vulnerándose el art. 102.3 CE mediante un «autoindulto» encubierto, dado el conflicto de intereses existente.

II. Los Reales Decretos que contenían los nueve indultos fueron publicados en el BOE de 23 de junio de 2021 (núm. 149). Aunque a cada condenado le corresponde su propio acuerdo (que van del R.D. 456/2021, de 22 de junio, al R.D. 464/2021, también de la misma fecha), en todos ellos la justificación externa es la misma: «[...] considerados los

informes del tribunal sentenciador y del Ministerio Fiscal, y atendiendo a las circunstancias de la condenada y, en particular, a los motivos de utilidad pública que se exponen en la propuesta del ministro de Justicia, de acuerdo a la información que obra en el citado expediente, se estima que concurren las citadas razones de utilidad pública, a propuesta del ministro de Justicia, y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 22 de junio de 2021, Vengo en indultar [...]».

Como puede inferirse de su mera lectura, el Real Decreto no contiene una verdadera motivación que justifique la adopción de la medida, sino que se remite a «la propuesta del Ministerio de Justicia», que forma parte del expediente pero carece de publicidad. Nos encontramos, por tanto, con una modalidad de «motivación por remisión» que dificulta aún más el control de los indultos otorgados. El único argumento que se aporta es que la medida se basa en «razones de utilidad pública», lo que descarta las razones de justicia y equidad, lo cual resulta muy significativo, dado que solo estas dos últimas parecen verdaderamente compatibles con las exigencias de nuestro sistema constitucional<sup>15</sup>.

No es fácil establecer la diferencia entre «justicia» y «equidad»; incluso Aristóteles consideraba a la equidad como la justicia aplicada al caso concreto (la conocida como *epiqueya*). En lo que aquí estamos tratando, las razones de justicia justificadoras de un indulto serían las atinentes a las circunstancias objetivas de aplicación del Derecho en el caso de que se trate, por ejemplo, el excesivo rigor de la ley en relación con determinada situación, o la imposibilidad de haber tomado en consideración ciertas circunstancias que podrían estar contempladas en la ley. Por su parte, las razones de equidad se centrarían en las características particulares de la persona a la que afecta la medida: *v. gr.*, su rehabilitación extrapenitenciaria, su buen comportamiento en prisión o sus circunstancias de salud o familiares.

Por su parte, la «conveniencia pública» (así llamada en los arts. 2.3º y 25 LI) o «utilidad pública» (en expresión de los arts. 11 y 16 LI) es un concepto jurídico indeterminado aún más difícil de definir<sup>16</sup>. En ningún caso puede identificarse con la razón de Estado clásica ni con la utilidad de la medida para el Gobierno que concede el indulto, sino más bien con la obtención de un beneficio que trasciende la utilidad privada y revierte en interés de todos los ciudadanos. Por lo tanto, un indulto solo podría admitirse por dicha razón cuando lo adecuado o necesario (conveniencia o utilidad) para la sociedad (pública) es que no continúe cumpliéndose la pena que se procede a indultar. Es decir, lo importante cuando se indulta por razones de utilidad pública no es reconocer que el Derecho se ha aplicado con excesivo rigor, o que existen circunstancias especiales en el futuro indultado que aconsejan la medida, sino que la sociedad se va a ver beneficiada por el indulto, lo que obliga a establecer una conexión directa entre el futuro comportamiento del indultado y los efectos del indulto en la comunidad a la que se reintegra. Podríamos quizá encontrar un ejemplo en casos de condenas por desobediencia o resistencia a la autoridad en situaciones de crisis políticas que ya han sido superadas. En estos casos, por razones de utilidad pública, podría perdonárseles la pena pendiente a los condenados siempre que la situación que provocó el delito haya desaparecido y existan datos que avalen que las conductas delictivas no se van a repetir.

III. A la vista de lo anterior, interesa conocer lo más relevante del expediente de los indultos para indagar en las concretas razones que han conducido a la concesión de la medida de gracia a los condenados por el caso del *procés*. Utilizaremos como referente la propuesta incorporada al expediente de Oriol Junqueras por ser el acusado que fue condenado a penas más severas, aunque todas las propuestas son muy similares<sup>17</sup>. En esta, el Gobierno renuncia directamente a esgrimir razones de justicia o equidad para justificar la medida, y la sitúa únicamente en el ámbito de la utilidad pública. Esto le permite, como se dice expresamente en la propuesta, prescindir de las circunstancias específicas tanto del delito como del penado para centrarse en lo que el Gobierno considera mejor para el interés general<sup>18</sup>.

Por eso, en la apreciación del poder ejecutivo, indultar a los presos del *procés* contribuirá a mejorar la situación política y social en Cataluña, lo que constituye motivo suficiente para proceder a indultarlos<sup>19</sup>. Aún se dice más: a su juicio, la denegación de la medida provocaría un enquistamiento del problema con algunos sectores en Cataluña y un posible empeoramiento de la convivencia cotidiana<sup>20</sup>; por el contrario, se cree que el indulto abrirá el camino a un posible entendimiento para solucionar el «conflicto»<sup>21</sup>.

IV. A la luz de lo expuesto, los términos de la decisión adoptada resultan muy claros. Los indultos a los presos del *procés* no responden a las circunstancias individuales de cada condenado, que ni siquiera se consideran, sino que se fundan en un motivo genérico, independiente de la conducta de aquellos, que es la percepción del Gobierno de que es mejor que los presos de la citada causa estén en libertad y no en prisión para facilitar la convivencia social y política en Cataluña. Todas las demás consideraciones sobran: resultan irrelevantes en relación con la medida acordada.

Esto nos lleva a plantearnos tres cuestiones: *i*) si no estamos realmente ante un indulto general que, como ya se ha indicado, está prohibido por el art. 62 i) CE; *ii*) si resulta conforme con la Constitución conceder un indulto basado en la utilidad pública; y *iii*) si cabe concederlo por ese motivo cuando las razones alegadas se basan en futuribles y en meras hipótesis, además de que afectan a los dos límites constitucionales a la facultad de indultar (que no respondan a la presión popular y no se concedan a colaboradores políticos: arts. 87.3 y 102.3 CE).

Dijimos al principio que el indulto general era el que se concedía en bloque a diversos sujetos, acudiendo en todos los casos una misma causa genérica y sin analizar la situación específica de cada uno de los beneficiados. Pues bien, hay que concluir que eso es lo que realmente se ha producido en el presente caso. Por más que el Gobierno ha intentado camuflar esa realidad tramitando un expediente por cada penado y dictando un Real Decreto para cada uno de ellos, lo cierto es que la razón que motiva el indulto es una y la misma para todos (la utilidad que para la convivencia producen los indultos), con independencia de la conducta individual de aquellos. Es decir, que, si en vez de nueve penados, hubieran estado cumpliendo condena quince, o cincuenta, o cien, todos ellos se hubieran visto igualmente beneficiados por el indulto. Las circunstancias personales de los indultados han resultado completamente irrelevantes, lo que demuestra que realmente se ha concedido un indulto general a todos los condenados en la causa del *procés*<sup>22</sup>.

Esto nos lleva a la segunda cuestión que nos planteábamos: si es conforme a la Constitución fundar un indulto —que, recordemos una vez más, afecta a los poderes legislativo y judicial en cuanto que implica una derogación provisional del Código Penal y una quiebra de la ejecutividad de las resoluciones firmes de los tribunales— en razones de utilidad pública, es decir, de mera apreciación política, al margen de los valores de justicia y equidad. Aquí no se trata tanto de que el Gobierno haya actuado de forma ilegal acogándose a ese motivo, que está contemplado en la legislación vigente, sino de si este resulta compatible con las exigencias constitucionales. En nuestra opinión, las razones de conveniencia pública —que son de sólito de conveniencia política— no son compatibles con los principios y valores constitucionales, y los tribunales deberían excluir ese motivo directamente al resolver los casos que se les planteen o, en su caso, llevar la cuestión al Tribunal Constitucional.

Por último, aun cuando se llegara a aceptar que la utilidad pública sea una causa constitucionalmente válida para justificar la concesión de un indulto, habría que analizar si, en el caso concreto de los presos del *procés*, concurría o no dicha utilidad. A la vista de los argumentos expuestos por el Gobierno, no parece que existan datos contrastados y fiables que justifiquen que el indulto a los condenados va a mejorar la convivencia política y social en Cataluña, que no se van a repetir sucesos similares en un futuro o que el perdón de la pena generará esperanza y reconciliación. Lo único comprobable y comprobado es que la medida adoptada resulta útil y conveniente al Gobierno que la ha acordado para evitar la pérdida de apoyo parlamentario, lo que aviva la sospecha de que en este caso posiblemente se están confundiendo los intereses generales con los particulares.

Pero es que, además, como ya indicamos, tanto la alusión en la propuesta de indulto al «apoyo popular» que la medida tiene en Cataluña como la existencia de un «conflicto de intereses» evidente por parte del Gobierno sitúa la decisión al borde de lo prohibido por los arts. 87.3 y 102.3 CE, al menos en lo que a su espíritu se refiere.

#### 4. LA IMPUGNACIÓN DE LOS DECRETOS DE CONCESIÓN DE LOS INDULTOS

I. Hoy en día contamos con suficiente bagaje jurisprudencial de la Sala Tercera del Tribunal Supremo para conocer cuál es su doctrina en relación con la posibilidad de recurrir las decisiones del Consejo de Ministros en materia de indultos. Tomando como muestra la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, núm. 477/2018, de 21 de marzo (recurso 43/2017), podemos extraer las siguientes conclusiones: *i)* el indulto es un acto gubernativo, pero no administrativo, regido únicamente por la Ley del Indulto<sup>23</sup>; *ii)* antes de la Sentencia del Pleno de 20 de noviembre de 2013, la revisión judicial tanto de la concesión de indulto como de su denegación quedaba circunscrita a los límites y elementos reglados legamente establecidos; a partir de esa sentencia, en los casos de concesión del indulto se exige especificar las razones que justifican la medida y si son

coherentes con los hechos que constituyen su soporte fáctico<sup>24</sup>; y *iii*) cuando se deniega el indulto, no cabe ejercer ningún control sobre la cuestión de la motivación<sup>25</sup>.

El distinto trato que se da a la revisión del acuerdo gubernativo en función de que conceda o deniegue el indulto solicitado es perfectamente lógico, puesto que la afectación de las funciones propias de los poderes legislativo y judicial solo se produce en el caso de concesión del indulto, pero no cuando se rechaza, pues entonces la ley penal y la ejecutoriedad de las sentencias judiciales no se ven concernidas y continúan plenamente en vigor.

II. En el caso de los penados por el caso del *procés*, dado que se les ha concedido parcialmente los indultos solicitados, cabría revisar la motivación contenida en cada uno de los expedientes administrativos —a los que se remite el Real Decreto que los acuerda— para ver «[...] si en ese proceso se ha incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad» (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, núm. 134/2020, de 5 de febrero, recurso 5/2019).

Tal y como hemos indicado, es muy posible que el hecho de descartar absolutamente las razones de justicia y equidad y basar los indultos exclusivamente en la utilidad pública, y a la vez fundar esta en una pretendida recuperación de la convivencia social y política que, no pasa de ser un mero desiderátum que no está respaldado ni por la situación actual (en la que se mantienen las mismas reivindicaciones que dieron lugar a la comisión de los delitos enjuiciados) ni por la conducta de los indultados (que han reiterado su predisposición a repetir sus actuaciones si fuera necesario), pueda dar lugar a una revocación de la decisión por parte del Tribunal Supremo por falta de motivación. No obstante, consideramos que es conveniente destacar que la verdadera causa de anulación debería ser la incompatibilidad de las razones de utilidad pública con las exigencias contempladas en la Constitución y la excepcionalidad que deben suponer siempre las medidas de gracia.

III. Al margen de lo relativo a la motivación de la decisión, la cuestión procesal más debatida en relación con la impugnación de los Reales Decretos que acuerdan los indultos es la referida a la legitimación activa, es decir, al sujeto que puede esgrimir un interés legítimo para impugnar el acto gubernativo.

Si estamos ante un delito que permite la existencia de un ofendido o perjudicado —que pudo actuar, por tanto, en el proceso penal como acusador particular—, resulta indudable que este puede tener un interés legítimo en el mantenimiento de la pena tal y como fue impuesta por el tribunal sentenciador, por lo que habría que comunicarle expresamente a través de este —cuando proceda a dar cumplimiento al decreto de indulto— las nuevas circunstancias por si considerara conveniente impugnar la decisión del Consejo de Ministros. Y ello ha de ser así aunque no se hubiera personado en la causa, dado que quien decidió que no era necesaria su presencia en el proceso penal —porque *u. gr.* entendía suficiente el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal— puede estimar necesario acudir a la vía contencioso-administrativa para tratar de anular el indulto que ha dejado sin efecto parte o toda la pena impuesta.

El derecho de las víctimas a impugnar la decisión de indulto ha sido expresamente reconocido por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, de 20 de febrero 2013 (recurso 165/2012)<sup>26</sup>.

Cuando se trata de un delito que no tiene un ofendido o perjudicado directo y, en consecuencia, solo puede ejercitar la acción penal la acusación popular (además, por supuesto, del Ministerio Fiscal), habría que atribuir a quien la ejerció la posibilidad de impugnar el indulto de la pena impuesta, pues la misma argumentación que emplea el Tribunal Supremo para justificar la legitimación del acusador particular sirve también para el popular: quien tiene interés en la condena lo tiene también en la impugnación del perdón y el mantenimiento el contenido de aquella, pues en caso contrario podría ver burlado su esfuerzo acusatorio.

Aun queda por resolver el caso de aquellos sujetos particulares que ni intervinieron en el proceso penal ni han sido parte en el expediente administrativo de indulto, pero que consideran que las medidas de gracia adoptadas contrarían el interés general y, en consecuencia, desean recurrir los Reales Decretos que las acuerdan.

Si tomamos en consideración la doctrina establecida en la sentencia citada por el Tribunal Supremo en relación con la impugnación de un indulto, habría que responder favorablemente a la legitimación para recurrir de los citados sujetos, porque: *i*) así lo exige el principio *pro actione* (es decir, la interpretación más favorable al acceso a la jurisdicción), que es el que debe operar en los casos dudosos<sup>27</sup>; y *ii*) el interés para recurrir en lo contencioso-administrativo no dependería tanto de la existencia de un interés directo en la cuestión impugnada, sino de uno suficiente para obtener una utilidad jurídica, como sería, en el caso que nos ocupa, que unos delincuentes continuaran cumpliendo su pena en los términos establecidos por la sentencia condenatoria<sup>28</sup>.

Si a estos dos criterios generales se añade el hecho de que la única justificación de los indultos en el caso del *procés* ha sido «la utilidad pública» y, en particular, el efecto positivo que para la convivencia social y política y para el diálogo entre partidos en Cataluña dichos indultos van a suponer, parece perfectamente razonable que quienes articulan esa representación social y política (como, evidentemente, son los partidos políticos: art. 6 CE, pero también otras instituciones o asociaciones) puedan aducir motivos que contradigan esa pretendida utilidad pública y soliciten, en consecuencia, la anulación de las medidas de gracia acordadas.

## 5. CONCLUSIÓN: LA ABSOLUTA NECESIDAD DE UNA NUEVA REGULACIÓN EN MATERIA DE INDULTOS

I. La concesión de los indultos a los condenados por el *procés* puede producir al menos un efecto beneficioso: al haber puesto sobre la mesa e introducido en el debate público las deficiencias de la vigente Ley del Indulto, ha revelado la absoluta necesidad de derogarla y sustituirla por otra que se ajuste a las exigencias derivadas de la Constitución.

Existe un consenso acerca de que los indultos siguen siendo necesarios para remediar situaciones y circunstancias que no se pueden resolver por otros medios: presos rehabilitados durante su estancia en el centro penitenciario, condenados a quienes el ingreso en prisión les produciría graves perjuicios, delincuentes a los que se impuso penas claramente excesivas en función del contexto en que se cometió el delito, etc. En todos estos casos, son la justicia o la equidad las que justifican la medida de gracia y, en la mayoría de los casos, son el tribunal sentenciador y/o el Ministerio Fiscal quienes piden el indulto.

Lo que ya no resulta admisible es emplear dicha figura para obtener (o pagar) réditos políticos, y mucho menos para dispensar favores personales. La mejor manera de controlar el buen uso de la medida de gracia por el poder ejecutivo —mucho más que prohibirla para determinados delitos— es eliminar las razones de utilidad pública como criterio para su concesión, así como obligarle a motivar lo decidido, de manera que puedan ser objeto de una posterior revisión judicial.

II. No se trata, por lo tanto, de eliminar el indulto —que está expresamente previsto en la Constitución—, sino de adaptarlo a nuestro modelo y atribuirle su verdadero sentido en un Estado de Derecho, donde no se impide reajustar la condena penal impuesta por los tribunales siempre que la medida responda a valores constitucionales (como la justicia) y no implique ningún tipo de arbitrariedad.

Ha llegado, pues, el momento de elaborar una nueva Ley del Indulto, y de aprovechar su tramitación legislativa para resolver las cuestiones que actualmente resultan controvertidas: la delimitación entre indulto particular y general, la posibilidad de excluir del indulto a determinados delitos o determinadas penas, el alcance y contenido concreto que puede tener la medida, la afectación (o no) a otros ámbitos de la sentencia (consecuencias accesorias, medidas de seguridad, costas, responsabilidad civil), los motivos que pueden justificarlo y, especialmente, todo lo relativo a su procedimiento (inicio de oficio o a instancia de parte, necesidad o no de consentimiento del sujeto, exigencia o no de arrepentimiento, posible intervención en el expediente de otros sujetos distintos del interesado, preceptividad y mayor o menor vinculación de los informes de la Fiscalía, del tribunal sentenciador e incluso de la Administración Penitenciaria, necesidad de motivación de la decisión) y a su posible impugnación (aclarando el distinto tratamiento entre el indulto concedido y denegado, estableciendo de los motivos que permiten la impugnación, o fijando la legitimación para recurrir o los efectos de la resolución que se adopte).

Como puede observarse, muchas de estas cuestiones son muy discutibles y susceptibles de soluciones diversas, por lo que merecen un debate amplio y riguroso. Ahora puede ser un momento idóneo para abordarlo, aprovechando todas las reflexiones generadas a consecuencia de los indultos concedidos en el caso del *procés*. La venerable Ley de 1870 se ha merecido con creces su jubilación y ha llegado la hora de concedérsela con urgencia.

## NOTAS

1. Así lo indica Belda Pérez-Pedrero (2008: 1279), que sitúa esta facultad del rey dentro de las que denomina «atribuciones de naturaleza simbólica», y de la que afirma que «[...] según la ley, el rey permanece a expensas de las decisiones del Gobierno, prestando su nombre formalmente a la decisión de éste. El acto real lleva el refrendo del ministro de Justicia, que le libra de toda responsabilidad».

2. Montañés Pardo (2008: 1681) critica esta limitación y señala que hubiera sido preferible una disposición como la de la Constitución de 1869, que permitía el indulto de los ministros si así lo proponía el Congreso de los Diputados. Realmente, el precepto constitucional es muy impreciso y ambiguo, y genera muchos interrogantes: por ejemplo, no se sabe si afecta solo a los condenados por el Tribunal Supremo o también al que fue ministro o presidente, pero dimitió y ha sido juzgado por otro tribunal por pérdida de aforamiento; o si afectaría solo al delito de traición o similares, o a cualquiera otro del que el ministro haya sido juzgado, etc. Por eso, es preferible acudir, más que a la casuística, al espíritu de la norma, que sí parece claro: esta pretende impedir que los gobernantes indulten a sus más estrechos colaboradores y les libren así de responder por los delitos cometidos, produciendo un clima de impunidad «de casta».

3. Cicerón, M.T.: *De officiis* («Sobre los deberes») 1, 33, 3.

4. Para Gómez-Escolar Mazuela (2017: 1): «En el Estado de Derecho la atribución del derecho de gracia al ejecutivo resulta un cuerpo extraño al sistema, un límite no suficientemente justificado a la división de poderes, que resulta difícilmente compatible con principios fundamentales de nuestro sistema constitucional, singularmente el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

5. Es cierto que la CE, a diferencia de lo que sucede con el indulto general, no menciona la amnistía en ningún lugar de su articulado, lo que genera la duda de si es admisible o no por nuestro sistema constitucional. En todo caso, si se admitiera su existencia, no dependería de una decisión del poder ejecutivo que sería sancionada posteriormente por el jefe del Estado, sino que debería articularse a través de una ley orgánica, que es la manera con la que se configura en nuestro sistema el principio de legalidad penal. Tampoco la contempla el Código Penal, lo que no es de extrañar porque, a diferencia del indulto, la amnistía no haría desaparecer solo la pena —en el caso de que esta hubiera sido impuesta—, sino el hecho mismo constitutivo del delito, lo que supone la inaplicación en bloque de toda la normativa penal (y por eso arrastraría también no solo a la pena, sino a las consecuencias accesorias y a los antecedentes penales). De cualquier modo, en nuestra humilde opinión, si la CE ha prohibido el indulto general, con mayor razón debe entenderse proscrita la amnistía, puesto que esta por definición no supone un tratamiento individualizado de las circunstancias de cada una de las personas afectadas por ella (que, en la mayoría de las ocasiones, no están ni siquiera identificadas de forma específica). Bien es verdad que se pueden buscar fórmulas que producen un efecto jurídico prácticamente idéntico al de la amnistía, como la eliminación o atenuación de un tipo delictivo (el cometido por las personas que se pretende indultar), que conlleva la inmediata aplicación de la norma penal más favorable al afectado, o incluso su derogación particular para determinado tipo de conductas (como sucede cuando se acuerda la denominada «amnistía fiscal»), lo que podría hacer pensar que es más transparente debatir y aprobar en su caso una ley de amnistía. Pero su relación con contextos de justicia transicional y el hecho de que no implican un estudio individualizado de cada caso nos inclinan a rechazar su admisibilidad en nuestro modelo constitucional. En este sentido, las razones aducidas por el profesor Gimbernat Ordeig (2019) en defensa de la inconstitucionalidad de la amnistía nos resultan absolutamente convincentes.

6. Como señala el magistrado Torras Coll (2021: 1): «El derecho de gracia encierra una potestad extraordinaria de injerencia del Poder Ejecutivo en el ámbito competencial de otro, el Judicial, único al que le corresponde, por mandato constitucional, y por ley, la función exclusiva y excluyente, la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, conforme a los arts. 117 CE y art. 1.2 de la LOPJ».

7. La principal fue realizada por la Ley 1/1988, de 14 de enero, que se limitó a modificar cuestiones nimias, salvo la muy relevante supresión de la motivación del indulto, que ni siquiera estaba originariamente prevista en el proyecto presentado.

8. Como bien señala Requejo Pagés (2001: 89-95), con esa regulación se pretendía poner coto a la práctica abusiva de la concesión de indultos, exigiendo que la amnistía y los indultos generales, que no son sino derogaciones provisionales de la legislación penal, se acordaran por el Parlamento y no por una decisión del poder ejecutivo.

9. Incluso aunque se dieran los supuestos contemplados en el art. 2 LI, el art. 3 LI permite indultar a quienes hubieran cometido delitos contra el Estado o sus instituciones, lo que englobaría la rebelión y la sedición, pero no la malversación de caudales públicos.

10. Como bien señala Sánchez-Vera Gómez-Trelles (2008: 4), se trata de una ley que puede calificarse como «obsoleta», «vetusta», «anciana», «arcaica» e incluso «achacosa», que requiere una «revisión general de la institución a la luz del actual sistema democrático basado en la división de poderes».

11. Esta es la doctrina del Tribunal Constitucional desde la temprana STC 4/1981, de 2 de febrero: «En conclusión, en los supuestos en que exista una incompatibilidad entre los preceptos impugnados y los principios plasmados en la Constitución, procederá declararlos inconstitucionales y derogados, por ser opuestos a la misma [...] De aquí que, dadas las especiales características que presenta el recurso, sea necesario apurar las posibilidades de interpretación de los preceptos impugnados conforme a la Constitución y declarar tan solo la inconstitucionalidad sobrevenida y consiguiente derogación de aquellos cuya incompatibilidad con la misma resulte indudable por ser imposible el llevar a cabo tal interpretación [...] Mientras tanto, si en el futuro se plantearan casos concretos que permitieran apreciar nuevos matices en orden a justificar la oposición —o la disconformidad— a la Constitución de alguno de los preceptos cuya inconstitucionalidad no se declara ahora, el Juez o Tribunal correspondiente podría promover la cuestión de inconstitucionalidad con relación al precepto que le suscitara la duda, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 38.2 de la Ley Orgánica del Tribunal [...] Así como frente a las Leyes postconstitucionales el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación a las preconstitucionales los Jueces y Tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma; o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad».

12. Así lo dijo el Tribunal Constitucional en su STC 22/1997, de 11 de febrero, en relación con la Ley reguladora de las causas contra Diputados y Senadores, también preconstitucional: «Esta interpretación, ciertamente, no se ajusta al tenor literal de la Ley de 9 de febrero de 1912, pero tratándose de una norma preconstitucional nada impide al Tribunal Supremo modularla a las circunstancias del caso, deduciendo de la Constitución y de las normas procesales la pauta interpretativa a seguir».

13. En este sentido, el 21 de junio de 2021 la vicepresidenta primera del Gobierno, Carmen Calvo, defendió en su cuenta de Twitter —y en diversas declaraciones públicas— los indultos a los condenados por el *procés* afirmando textualmente que «[...] los indultos son un instrumento constitucional y legítimo del Gobierno. La historia está llena de momentos en los que hay que tomar decisiones valientes. Nada sin la ley y todo siempre con la ley, es el momento de la política con mayúsculas». Que los indultos son instrumentos constitucionales no se discute; que la concesión de un indulto concreto puede teóricamente infringir la CE tampoco se debería poner en cuestión.

14. Tras la Constitución de 1978, ha habido dos intentos de sustituir la actual Ley de Indultos por otro texto legal, pero en ninguno de ambos casos se consiguió que los textos avanzaran: se trata del Anteproyecto de Ley reguladora de la gracia de indulto, de 23 de junio de 1981 (con la UCD gobernando), y el

Borrador de Anteproyecto de Ley de Indulto, de 18 de julio de 2005, durante la primera legislatura del Presidente Rodríguez Zapatero (cfr. Herrero Bernabé, 2012: 62-67).

15. Así parece entenderlo Perandones Alarcón (2013): «Partiendo de lo dicho, y puesto que «la realidad es siempre una, y solo una», en el caso del indulto, el acuerdo de su concesión no debe suponer más que concretar y aplicar los conceptos jurídicos indeterminados de justicia y equidad, pues ésta, y no otra, es la finalidad legal que debe guiar al mismo; pero para ello, y puesto que “la realidad no puede ser y no ser al mismo tiempo”, debe suceder necesariamente que los hechos que se pretendan indultar sean justos, o dicho de otra manera, para que los conceptos jurídicos indeterminados de justicia y equidad puedan ser aplicados, circunstancias objetivas y subjetivas del caso concreto han de permitir que, a través de estas, puedan aquéllos ser definidos».

16. En un artículo favorable a la admisión de la amnistía en nuestro sistema constitucional, Martín Pallín, (2021) considera que mientras que el indulto se fundamenta en «razones de justicia y equidad», la amnistía «se justifica por razones de oportunidad política». Esta distinción resulta muy significativa, porque las motivaciones políticas podrían explicar una medida eminentemente política como es la amnistía, pero no una que exige una motivación jurídica ceñida al caso concreto como es el indulto particular.

17. Las copias de las propuestas gubernativas han sido obtenida privadamente y no se puede asegurar que se correspondan con los originales, pero la fuente es fiable y, por su contenido, tienen todos los visos de autenticidad.

18. Expresamente se señala que «[...] el indulto concedido por causa de su utilidad pública constituye una decisión política a favor del interés general que puede, o no, estar en consonancia con las circunstancias del sujeto, el delito cometido o la pena impuesta. Por tanto, no se trata de razones de justicia o equidad para el penado, sino que se pretende la consecución de unos intereses generales que trascienden a su situación individual. Se trata de un concepto abierto, indeterminado y de naturaleza esencialmente política. Es por tanto al poder ejecutivo al que corresponde, en un modelo de separación de poderes, valorar la conveniencia política de su aplicación en cada caso concreto. Esto es, si a su juicio el indulto contribuye a un interés general, o si se prefiere, si atendidas las circunstancias de la política nacional e internacional, satisface mejor los intereses de España». Y más adelante insiste en el mismo argumento: «Son casos, en suma, donde los elementos a valorar para la concesión o denegación del indulto superan el ámbito del delito, el delincuente o la pena, para centrarse en aspectos que afectan a la sociedad en su conjunto, como claramente ocurre en esta ocasión».

19. Se dice que con los indultos se busca «[...] restablecer la convivencia y la concordia entre catalanes o dar una oportunidad para restaurar las relaciones entre Cataluña y el resto de España», y «normalizar la política en Cataluña».

20. En este sentido, se afirma que «[...] una decisión denegatoria del indulto traería consigo, sin duda, la agravación y cronificación del conflicto. Gran parte de la sociedad catalana —incluso no independentista— no entendería, en un momento como el actual cuando se inicia una nueva etapa política en Cataluña, que el Gobierno central permaneciera inactivo. No entendería que no se hiciera uso de un mecanismo idóneo para rebajar la tensión social y política allí existente y para encarrilar la solución al problema por las vías del diálogo político y el entendimiento. Una decisión denegatoria obstaculizaría seria y gravemente ese nuevo escenario político e institucional que está empezando a surgir, pudiendo abocarlo nuevamente a una vía muerta».

21. En un penúltimo párrafo bastante sonrojante por ridículo (pues resulta más propio de una soflama política que de un expediente administrativo), se concluye indicando lo siguiente: «Abrimos un nuevo tiempo. El Gobierno de España adopta una decisión que desean la gran mayoría de las ciudadanas y ciudadanos de Cataluña, una decisión que abre un camino para reencontrarnos. Miramos atrás y vemos fractura y distanciamiento. Miramos adelante y vemos esperanza y reconciliación. España quiere a Cata-

luña y le ofrece un proyecto europeo de convivencia, prosperidad y solidaridad. Hoy miramos al futuro con más optimismo. Cataluña y España se lo merecen».

22. Así también lo entiende Yuste Castillejo (2019), a la sazón responsable durante muchos años de Instituciones Penitenciarias en España: «La prohibición de indultos generales puede soslayarse por la mera adición de indultos particulares a una pluralidad, más o menos amplia, de penados por las mismas infracciones. Si la gracia alcanza a todos los condenados por los mismos hechos, la línea divisoria de los indultos generales o particulares, se hace sospechosamente próxima [...] Parece, sin embargo, que estos casos deberían encontrar una solución más armónica en el ordenamiento, por la vía de la reforma legal y posterior revisión de sentencias, que cede, con frecuencia, ante la aplicación de la prerrogativa de gracia al ser ésta más rápida y atenuar, así, la frecuente imprevisión del legislador en materias polémicas». El hecho de que en otras ocasiones se haya podido incumplir también esa prohibición (como sucedió con los 1.443 indultos concedidos el 1 de diciembre de 2000, la mayoría de los cuales se refería a personas condenadas por insumisión, en un contexto en que desaparecía la obligación de prestar el servicio militar o el civil alternativo) no es excusa para tener que admitirlo ahora de nuevo.

23. «Constituye una categoría de acto distinta del acto administrativo, ya que constituye una facultad potestativa no susceptible de ser combatida en sede jurisdiccional, salvo cuando se incumplan los trámites establecidos para su adopción. Su concesión o denegación es un acto que no está sujeto a Derecho Administrativo (STS de 11 de diciembre de 2012), por tanto, no le son aplicables los mandatos de la Ley 30/92, debiendo, única y exclusivamente, ajustarse a las exigencias de la Ley de 1870, reguladora del Indulto, sin que, en todo caso, sea totalmente inmune a la revisión jurisdiccional».

24. «La Sentencia del Pleno de 20 de noviembre de 2013 —no aplicable al supuesto de autos, dado que aquí se está enjuiciando la denegación de una petición de indulto— introduce, por vez primera, un elemento reglado de control que consiste en la necesidad de “especificar las razones de justicia, equidad o utilidad pública” que justifican el indulto, “control meramente externo, que debe limitarse a la comprobación de si el Acuerdo de indulto cuenta con soporte fáctico suficiente —cuyo contenido no podemos revisar— para, en un proceso de lógica jurídica, soportar las razones exigidas por el legislador, pudiendo, pues, examinarse si en ese proceso se ha incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad”. En definitiva, dicho control del ejercicio positivo de la potestad de indulto se limita a verificar si el Acuerdo de indulto obedece a razones de “justicia, equidad y utilidad pública”, a las que se subordina su concesión. El Gobierno será libre para elegir y valorar las muy variadas razones de “justicia, equidad y utilidad pública”, que, en cada caso y la vista de sus concretas circunstancias, le llevan a otorgar el indulto —sobre las que no cabe control jurisdiccional de clase alguna—, pero que han de guardar la necesaria coherencia con los hechos que constituyen su soporte fáctico, y esto sí puede ser comprobado por el órgano jurisdiccional a fin de descartar todo atisbo de arbitrariedad, proscrita por el art. 9.3 CE».

25. «Si la motivación nunca ha sido exigida para las denegaciones de indulto y, según constante jurisprudencia, la valoración que el Gobierno haya realizado de los “requisitos de carácter sustantivo” no es susceptible de revisión jurisdiccional, es claro que la falta de motivación del acuerdo recurrido nunca será causa de anulación».

26. «También se dice por el representante el señor Adrián que la legitimación del ofendido (el interés) se vio satisfecha con la condena penal, que le resarcía moralmente por el delito, sin que el mero interés por la legalidad pueda justificar la legitimación. Esa disociación que se predica de la condena penal y el indulto no es correcta. El indulto, y su extensión, sólo se justifica en la previa condena penal, de suerte que sin condena no puede haber indulto, como se encarga de recordar el art. 2 de la ley reguladora de la gracia. Si la víctima tiene interés en la condena también lo tiene en el perdón y en su contenido, pues si aquella satisface moralmente un interés personal que justifica la legitimación y así lo reconoce la Ley, el perdón no puede dejar de producir ese mismo efecto procesal por la razón contraria. Se puede argüir que la víctima no puede impedir el indulto, pues esta prerrogativa pertenece a la categoría de los actos

graciables 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 esta 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 o de que se aparte de su actividad profesional a determinadas personas, como sostiene la codemandada. No obstante, esta última consideración tampoco es ajena a la legitimación en nuestro caso. El delito de acusación falsa por el que los indultados fueron condenados, y del que los recurrentes fueron víctimas, se realizó --como se establece en los hechos probados de las sentencias a los que nosotros nos atenemos-- en el ejercicio de una determinada actividad profesional, la bancaria, de donde resulta que no es ilegítimo que quien lo sufrió pretenda mantener apartados de dicha actividad a los indultados».

27. «El principio *pro actione*, expresión del derecho a la tutela judicial efectiva, impone a este Tribunal interpretar con amplitud la fórmula del art. 19.1.a) de la Ley de la Jurisdicción, sin que ello suponga, desde luego, una relativización o devaluación de los presupuestos o requisitos procesales exigidos por la Ley de la Jurisdicción».

28. «En el orden contencioso-administrativo la legitimación activa se deduce, según una consolidada jurisprudencia de este Tribunal, en consideración a la titularidad de un derecho o interés legítimo que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de suerte que, de estimarse esta, se produzca un efecto positivo o beneficio o la eliminación de un efecto negativo o perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial. Esta ventaja ha de ser concreta y efectiva. El criterio de delimitación de la legitimación fundado en la existencia de un derecho o interés legítimo (art. 19.1.a LJCA 1998), como superador del inicial interés directo (art. 28 LJCA 1956) en el orden contencioso-administrativo, ha sido reiteradamente declarado por el Tribunal Constitucional (entre otras SSTC 60/2001, de 29 de enero, 203/2002, de 28 de octubre, y 10/2003, de 20 de enero). Así la STC 52/2007, de 12 de marzo, FJ 3, nos recuerda que en relación al orden contencioso-administrativo, “el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 3, 173/2004, de 18 de octubre, FJ 3, y 73/2006, de 13 de marzo, FJ 4)».

## BIBLIOGRAFÍA

- BELDA PÉREZ-PEDRERO, Enrique (2008): *Comentarios a la Constitución Española*, M. E. Casas Bamonde, M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (dirs.), Madrid: Wolters Kluwer.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (2019): «La imposible amnistía», *El Mundo*, 9 de octubre.
- GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, Pablo (2017): «La reforma de la ley de indulto», *Diario La Ley*, nº 8970, 2 de mayo.
- HERRERO BERNABÉ, Ireneo (2012): *El derecho de gracia: indultos*, Tesis doctoral inédita, Madrid: UNED.
- MARTÍN PALLÍN, José Antonio (2021): «La amnistía es compatible con la Constitución», *Contexto y acción*, 8 de febrero.

MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel (2008): *Comentarios a la Constitución Española*, M. E. Casas Baamonde, M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (dirs.), Madrid: Wolters Kluwer.

PERANDONES ALARCÓN, María (2013): «El indulto y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 103.

REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (2001): «Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español», *Historia Constitucional* (revista electrónica), 2.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier (2008): «Una lectura crítica de la Ley de Indulto», *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, 2, abril.

TORRAS COLL, José María (2021): «El indulto y sus carencias», *Diario La Ley*, nº 9871, 15 de junio.

YUSTE CASTILLEJO, Ángel (2019): «El indulto: entre la política y la justicia», *Diario La Ley*, nº 9498, 15 de octubre.

**Fecha de recepción: 30 de junio de 2021.**

**Fecha de aceptación: 16 de agosto de 2021.**