

EL INDULTO: UN CUERPO EXTRAÑO EN EL SISTEMA PROCESAL  
*PARDON: A FOREIGN BODY IN THE PROCEDURAL SYSTEM*

*Jordi Nieva Fenoll*

*Catedrático de Derecho procesal  
Universitat de Barcelona*

RESUMEN

El indulto es un auténtico —aunque muy frecuente— cuerpo extraño en un sistema democrático. Es una especie de válvula de seguridad que se activa cuando lo declarado por la Justicia puede provocar males mayores que los beneficios que la jurisdicción está llamada a producir. Con todo, ¿quién debe hacer esa ponderación? En el presente trabajo se examinan diversas razones que descartan que los tribunales puedan ser los depositarios de tal labor. Dado que también los gobiernos son inhábiles, finalmente se valora la alternativa de que sean los parlamentos como representantes de la voluntad popular los que ejerzan esa función.

PALABRAS CLAVE

Cosa juzgada, imparcialidad, independencia, principio dispositivo.

ABSTRACT

The pardon is an authentic —albeit very frequent— foreign body in a democratic system. It is a kind of safety valve that is activated when what is declared by Justice may cause greater harm than the benefits that the jurisdiction is called upon to produce. However, who is called upon to do this weighing up? This paper examines various reasons why the courts cannot be the repository of such a task. Since governments are also incapable of doing so, the alternative of parliaments, as representatives of the will of the people, being the ones to carry out this task is finally put forward.

KEYWORDS

*Res judicata*, impartiality, independence, dispositive principle.

DOI: [doi.org/10.36151/td.2021.015](https://doi.org/10.36151/td.2021.015)

# EL INDULTO: UN CUERPO EXTRAÑO EN EL SISTEMA PROCESAL

Jordi Nieva Fenoll

Catedrático de Derecho procesal  
Universitat de Barcelona

**Sumario:** 1. Introducción. 2. La cosa juzgada formal como freno al tribunal. 3. La razón de ser del principio dispositivo. 4. La disposición estatal de la pena: el problema de la falta de imparcialidad. 5. ¿Puede servir el poder del parlamento para preservar la división de poderes? 6. Cosa juzgada y válvula de seguridad parlamentaria de la política. Notas. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

El indulto es una institución muy poco estudiada<sup>1</sup>. Más allá de la evidencia de que es una reminiscencia del poder absoluto de los soberanos<sup>2</sup> que históricamente tal vez se ha ejercido en algunas ocasiones muy pretéritas de forma aproximadamente democrática<sup>3</sup>, puede discutirse si en un contexto claramente democrático tiene cabida un perdón de las penas por parte de los poderes que no son el judicial, esto es, el legislativo y el ejecutivo. Puede reflexionarse también sobre si el indulto debe ser motivado o si cabe ejercerlo con absoluta discrecionalidad aun sin caer en la arbitrariedad. Incluso puede debatirse sobre cuál es el interés en el cumplimiento de una pena en contextos en los que carece completamente de finalidad, recuperando el antiguo pensamiento de Ulpiano de acuerdo con el cual había que plantearse matizar el rigor del Derecho<sup>4</sup>.

Todos ellos son temas interesantes, aunque me referiré a la mayoría solo incidentalmente por una buena razón. Resulta preciso alejarse en todo caso de cualquier oportunismo en materia jurídica, y resulta que este trabajo se redacta con el trasfondo<sup>5</sup> de los indultos concedidos a los líderes independentistas catalanes en el caso del *procés*<sup>6</sup>. Durante los años en los que se prolongó no ya ese proceso, sino el propio *procés*, abundó ese oportunismo. Un delito tan grave, extremo, marginal y, por otra parte, evidente en cualquier otra ocasión como el de rebelión, se manoseó hasta puntos difícilmente imaginables en otro contexto, y con el tiempo más de uno se sorprenderá de todo lo que llegó a decirse en aquel momento. Algo parecido sucedió con el delito de sedición, y ahora me temo que le ha tocado al indulto. Hay que pro-

curar no escribir pensando en casos particulares porque pasa el tiempo con el cambio de los casos y las circunstancias y uno puede llegar a arrepentirse, y mucho, de lo que un día dijo. Por ello, eludiré profundizar en esos temas más tópicos, en los que es fácil caer en el prejuicio.

En consecuencia, para eludir cualquier sesgo —aunque, como casi todo el mundo, estoy convencido de no padecerlo—, en este breve estudio voy a limitarme a evaluar la lógica procesal de este cuerpo extraño que sin duda es el indulto. En un contexto de división de poderes en el que atribuimos a la Justicia la competencia exclusiva para ejercer la jurisdicción, debe analizarse si el cumplimiento de las penas o, mejor aún, su condonación, pertenece o no al dominio de los tribunales, partiendo de la base de que, naturalmente, es competencia de los órganos jurisdiccionales la ejecución de resoluciones judiciales.

Pero se trata, en definitiva, de comprobar si la pena en sí es algo que atañe o no a los jueces, más allá de su imposición. En un proceso civil se condena al pago en la sentencia, pero dicho pago no acaba dependiendo a la postre del juez que la dictó, sino de si el acreedor quiere cobrar. Es decir, se trata de examinar no si en el proceso penal la función judicial acaba con el pronunciamiento de la sentencia y también con su ejecución, sino si esta última competencia rige solo en el caso de que no llegue el perdón del castigo, que sería ajeno —o no: vamos a verlo— a los jueces una vez pronunciada la sentencia. Hay que partir de la base de que cualquier sentencia goza del efecto de cosa juzgada formal y de que, por tanto, el tribunal no puede modificarla por ninguna vía, ni de hecho ni de derecho, dado que ello se opondría a que dicho tribunal pudiera disponer sobre una relajación o incluso cancelación de las penas.

En resumidas cuentas, voy a intentar dilucidar en este trabajo si hay visos del principio dispositivo en esta materia, de manera que el cumplimiento efectivo de la pena en los términos en que fue impuesta no fuera realmente, a la postre, tarea de los jueces. Es decir, se analizará si esa manera de entender la vida que es el respeto por las relaciones privadas entre ciudadanos, y que constituye la base cultural no solo del proceso civil, sino de nuestro sistema jurídico en general, alcanza en alguna medida, con alguna extrapolación aceptable, también al sistema procesal penal.

## 2. LA COSA JUZGADA FORMAL COMO FRENO AL TRIBUNAL

La cosa juzgada es una prohibición de reiteración de juicios establecida con el objetivo de brindar estabilidad a los pronunciamientos judiciales y, por tanto, seguridad jurídica<sup>7</sup>. Esa prohibición está dirigida a dos principales actores: el juez que ha dictado la sentencia y cualquier otro juez futuro. Ninguno de ellos puede reiterar el juicio, lo que significa que no se puede modificar lo juzgado. Cuando la prohibición va dirigida a otros jueces diferentes del que dictó la sentencia, la doctrina ha hablado tradicionalmente de cosa juzgada material<sup>8</sup>. Cuando, en cambio, la prohibición se destina al mismo juez que pronunció esa resolución, la doctrina habla de cosa juzgada formal<sup>9</sup>. Es una faceta de la cosa juzgada muy antigua. De hecho, es la primera que se encuentra en el más remoto texto legal que

se refiere al concepto: el código de Hammurabi, aunque tal vez tenga precedentes aún más antiguos en Egipto.

La función de esa variedad es evidente: que el juez no pueda modificar su sentencia una vez que la ha dictado. Ese intento de alteración debió de ser en su día algo frecuente, puesto que en el VI, § 5 del Código de Hammurabi esa modificación *in extremis* estuvo sancionada nada menos que con la separación de la función judicial<sup>10</sup>. Era, en consecuencia, considerada una especie de prevaricación, el peor de los pecados que puede cometer un juez sin recurrir a la violencia.

Más allá del precedente histórico, el art. 207.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que es el precepto de referencia en esta materia, recuerda ese deber hammurabiano del juez de atenerse a lo juzgado por él mismo. De hecho, el art. 563 del mismo cuerpo legal establece la posibilidad de impugnar la actuación ejecutiva del juez que dictó la sentencia si no se atiene a lo decidido en la misma al llevar adelante la ejecución forzosa. En consecuencia, es absolutamente claro que un juez no puede modificar los pronunciamientos de su sentencia no solo alterando su redactado, sino tampoco por la vía casi fáctica de la manipulación de su ejecución.

Trasladado todo lo dicho al proceso penal, resulta obvio que, más allá de las posibilidades que le ofrece la legislación penal y penitenciaria, que son muchas, el juez no puede ir en contra de su fallo. Podría haber absuelto, pero una vez pronunciada la condena no puede establecer un perdón de calado tan profundo como el de un indulto. Es decir, el tribunal no puede alterar su juicio dejándolo sin efecto, sino que solo puede aplicar esa referida normativa de la ejecución para aceptar, por ejemplo, la libertad condicional. Sin embargo, no puede cancelar la pena porque forma parte de su propio enjuiciamiento.

Por tanto, con independencia de si se consideran suficientes las oportunidades que la normativa penal y penitenciaria otorgan al juez para ajustar su fallo a la evolución del reo, lo que no puede hacer el juez es disponer de espaldas a esa evolución, es decir, al pronóstico de reinserción, que es el único fin y cometido que tiene en un estado realmente aconfesional la pena. Ni el arrepentimiento ni, obviamente, nada que se le parezca.

Ahora bien, ello supone, además, que el juez está atado de pies y manos por la propia pena que impuso, es decir, por su sentencia en esa parte concreta y en todo lo demás. Sin duda, es posible pensar en situaciones en las que, con independencia de cuál sea la evolución del reo en cuanto a su pronóstico de comportamiento futuro, no sobren motivos para prescindir del cumplimiento de la pena. Indultos y amnistías han salvado situaciones políticas muy complicadas que la Justicia, encadenada por la cosa juzgada, no podía resolver o, peor aún, se negaba a resolver incluso concurriendo claramente los presupuestos técnicos, establecidos por la normativa penitenciaria, para tener en la cabeza un cumplimiento flexible de la pena. En ocasiones, dejando otros factores aparte, el empeño de un tribunal por mantener su sentencia en sus términos por respeto a la cosa juzgada formal puede contravenir el interés del propio Estado al que pertenece esa Justicia, es decir, lo que en otra época se llamó, no sin algo de pomposidad, *la raison d'État* o, aún más rimbombante, *arte dello Stato*, como lo denominó Nicolás Maquiavelo.

Asumiendo provisionalmente la existencia, en ocasiones, de esa razón política, ¿sería posible y, sobre todo, legítimo que, en cierto modo, algún otro poder del Estado pudiera prescindir, siempre con una buena razón, de ese cumplimiento estricto de la pena? Esa es la cuestión que se abordará a continuación.

### 3. LA RAZÓN DE SER DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO

Cada vez que se repite la muy extendida idea de que los procesos civil y penal se basan en principios distintos, se olvida por completo que, en realidad, originariamente no existió una diferencia real entre ambos procesos, siendo ambos manifestaciones de la misma labor de enjuiciamiento que, dejando al margen la presunción de inocencia, carecen ya de aquellas diferencias tan insalvables que tuvieron en el pasado. Incluso la propia presunción de inocencia no es más que un refuerzo necesario de la imparcialidad en un contexto muy complicado, el del proceso penal. Ante el enjuiciamiento de un posible delincuente, la sociedad —también el juez— tiende a percibir como inequívocamente culpable a quien está sentado en el banquillo, desplegándose así con toda su crudeza el intenso prejuicio social de culpabilidad que padece la comunidad humana en su conjunto, prejuicio que, si el juez no estuviera vinculado por la presunción de inocencia, lo induciría a la decisión de condenar<sup>11</sup>.

Pues bien, probablemente una de las diferencias que más se han subrayado entre proceso civil y penal atañe al llamado principio dispositivo, es decir, al hecho de que en el proceso civil son las partes las que deciden acudir a la jurisdicción libremente, pueden disponer quién las juzga —un juez o un árbitro— y pueden concluir el proceso cuando deseen a través de una transacción o cualquier otro negocio jurídico con trascendencia procesal<sup>12</sup>.

Todo eso es imposible, se dice, en un proceso penal. ¿Todo? Hay que recordar que actualmente son amplísimas —sin duda, demasiado— las posibilidades de alcanzar un acuerdo entre el reo y la fiscalía<sup>13</sup>. Además, en EE. UU. —incomprendiblemente, no en España—, existe el *jury waiver*<sup>14</sup>, es decir, el derecho del reo a elegir ser juzgado por un juez profesional o por un jurado. Incluso está ganando mucho terreno en los últimos tiempos el principio de oportunidad de la fiscalía<sup>15</sup> y la mediación penal<sup>16</sup>, que de un modo u otro deja el resultado del proceso no a merced de los jueces, sino, en algún sentido, en la órbita de quien está llamado a ejercer el rol de parte en el mismo.

Siendo ello así, no puede ya hablarse en absoluto de una alergia del proceso penal hacia el principio dispositivo. Dicho de otro modo, ya no forma parte de nuestra cultura esa alergia, que dejaba todo el proceso penal en manos del Estado sin dar oportunidad alguna a las partes, más allá de la eventual acusación de la víctima —en algunos países, no en la mayoría— y la confesión del reo. De hecho, refiriéndose en el fondo al principio dispositivo, en EE. UU. se habla de *adversarial system*<sup>17</sup> tanto en el proceso civil como en el proceso penal, si bien pensando más en el principio de aportación de parte, igual que sucedió en el pasado en Europa con el principio dispositivo, antes de la delimitación doctrinal de ambos principios<sup>18</sup>.

Pues bien, queda claro que esa lógica dispositiva no es ajena al proceso penal y que, por tanto, no tiene ya absolutamente nada de particular que la misma se aplique en dicho proceso. Puede discutirse, sin duda, si el Ministerio Público es parte en el proceso penal, o si simplemente actúa como parte, como se mantiene en la doctrina alemana. Sin embargo, es bastante obvio que lo que ocurre en el proceso depende no solo de los jueces, sino también de los fiscales.

¿Pero hasta dónde tiene sentido extender esa lógica dispositiva en el proceso penal? Y, sobre todo, ¿a quién atribuir ese poder de disposición en un proceso penal? Para responder a esas preguntas, será conveniente analizar cómo nació históricamente el principio dispositivo.

Desde luego, no se trata de una invención romana, pese a que el proceso romano —al menos el civil— fuera indudablemente dispositivo<sup>19</sup>. El principio dispositivo es una creación medieval de los siglos XII-XIII<sup>20</sup> que tuvo unas causas e intenciones muy concretas<sup>21</sup>.

Dada la época en la que surgió, es absolutamente obvio que no es una expresión del liberalismo en el proceso, dado que este sólo surgió varios siglos después. En el siglo XII la justicia era delegada de un soberano. En consecuencia, los jueces no eran independientes, sino delegados de la nobleza o realeza que comandaba los territorios.

En este contexto, no resulta extraño que los comerciantes de la época intentaran no estar sometidos en los procesos al poder de esos jueces delegados, que además la mayor parte de las veces ni siquiera eran juristas, sino personas favorecidas por nobleza o realeza, según el caso. Eran jueces de los que las partes principales de los procesos civiles de entonces —los comerciantes— no podían fiarse, porque eran dependientes y muchas veces ignorantes, pero sobre todo ni siquiera pertenecían a la misma extracción social<sup>22</sup>.

Por ello, los juristas de la incipiente Universidad de Bolonia —Azón y Accursio<sup>23</sup> sobre todo y, más tarde, Durante<sup>24</sup>— idearon un proceso en el que el juez no fallara con libertad *secundum conscientiam suam*, sino sometido a lo que les alegaran y probaran las partes, es decir, *secundum allegata et probata partium*. En aquella época, fue una conquista social, dado que de ese modo conseguían sujetar al juez al parecer de los litigantes, sin que el juzgador pudiera ir en ningún caso más allá —*ne eat iudex ultra petita partium*—. De esa manera, en cierto sentido lograban liberarlo de la dependencia de los soberanos y lo sometían al poder de los litigantes.

En realidad, se trataba también de una forma de ejercer el derecho de defensa. Personalmente, estimo incluso que se trata de una de sus formulaciones más antiguas y, de hecho, la más influyente en nuestro presente. Si las partes no podían prever el margen de actuación del juez, no podían defenderse eficazmente porque nunca podían saber por dónde iba a ir en su juicio. Sin embargo, si lograban delimitar ese espacio, la defensa se simplificaba notablemente, dado que ya no estaban pendientes de lo que pudiera eventualmente ocurrírsele al juez, sino más bien de los argumentos de la contraparte.

Más aún, realizando una interpretación profundamente escolástica —propia de la época— de las disposiciones probatorias del *Codex* romano<sup>25</sup>, interpretaron las recomendaciones que allí se contienen —aportar determinados documentos, presentar un número mínimo de dos testigos, jurar las alegaciones— no como tales consejos, sino como órdenes al

juzgador, de manera que el mismo ya no iba a escuchar las declaraciones que prestaran las partes y los testigos bajo interrogatorio o leer los documentos presentados, sino que simplemente sumaría los testigos propuestos y ratificados formulariamente, los juramentos de parte realizados y los documentos con fe pública presentados. Tras esa vulgar suma, el juez vería quién había presentado más pruebas, pero sin examinarlas más allá de lo indicado. Había nacido, así, un sistema absurdo de valoración de la prueba: el sistema de valoración legal o tasada<sup>26</sup>. Y sí, el sistema era ciertamente absurdo, pero permitía sujetar, de nuevo, al juez a lo que dijeran o presentaran las partes sin poder ir más allá.

Hasta que Bentham<sup>27</sup> o Voltaire<sup>28</sup> no denunciaron la situación, incluso cuando Rabelais ya se había mofado mucho antes de ella, no vieron los legisladores la necesidad de recuperar el régimen de valoración libre de la prueba. Los primeros fueron los revolucionarios franceses, al copiar el sistema inglés, jurados incluidos, que obviamente no conocían reglas legales de valoración de la prueba ni motivaban sus veredictos, por lo que solo les quedaba valorar libremente la prueba. Luego vino el resto de Europa y buena parte del mundo, a pesar de que todavía existen en las legislaciones procesales penales —*v.gr.* las dispensas probatorias o el juramento o promesa de los testigos— restos del antiguo sistema.

Por tanto, el juez era un prisionero de las partes, lo que a estas les daba tranquilidad tratándose de un mal juez, obviamente. El modelo se extendió desde sus inicios bajomedievales al mundo anglosajón<sup>29</sup> con el *adversarial system*, como antes indiqué, sin paramientos en que se trataba de lo mismo que en el resto de Europa a partir del siglo XIX se llamó principio dispositivo. Luego tendría lugar la apropiación del principio por el liberalismo, que trató de explicar el papel del principio en el proceso como una manifestación más del propio liberalismo, es decir, del «progresismo» de la época en tantos lugares, dejando al margen al socialismo y sus diversas manifestaciones. En todo caso, como puede comprobarse, esa apropiación es falaz porque la razón de ser del principio dispositivo no era la libertad de los individuos, sino la protección del derecho de defensa frente a jueces nefastos en un contexto tan autoritario como el feudalismo medieval.

En consecuencia, la razón del principio dispositivo es la desconfianza en la Justicia, lo que no deja de ser curioso. Siendo el citado su contenido y origen, cabe ya responder ahora a las dos preguntas formuladas: si tiene sentido en el proceso penal y, en caso de que la respuesta sea positiva, a quién se le confiere ese poder de disposición.

#### 4. LA DISPOSICIÓN ESTATAL DE LA PENA: EL PROBLEMA DE LA FALTA DE IMPARCIALIDAD

La pena reflejó originariamente una voluntad social de castigo, sin más, a veces incluso fatal. Se ha intentado explicar esa voluntad de diversas maneras, pero lo cierto es que, cuando surgieron los castigos, la sociedad deseaba que se castigara. Es decir, que se pagara con dolor físico el daño causado, lo que, visto con cierta perspectiva, no deja de ser una solemne estupidez.

Fue mucho más adelante cuando empezaron a surgir nuevas explicaciones más allá del retribucionismo centradas en el efecto disuasorio de la prevención general y hasta de la reeducación de la prevención especial. Otros pensamos en la pena más bien como una oportunidad de reinserción que solo tiene sentido en la medida en que posee perspectivas y estas no se han cumplido todavía, lo que conduce más bien a concebir la pena como una especie de tratamiento en el que el reo voluntariamente decide adaptar su conducta a la pauta social más generalizada.

En todo caso, queda claro que, descartada la existencia de la autotutela o venganza privada, la pena, como expresión de una voluntad social remota, pertenece al poder de lo que hoy denominamos «Estado», ente en el que los ciudadanos hemos confiado muchas decisiones que no podemos —o no es conveniente— ejecutar por nuestra propia mano, como sucede con la aplicación de las penas. No tenemos presa a una persona en nuestras casas o en cárceles improvisadas, y aunque existiera, no ejecutamos la pena de muerte acudiendo al linchamiento: incluso cuando existió dicha pena, dejábamos que fuera el «Estado» el que la ejecutara. Ya hace mucho tiempo que consideramos que devolver ese poder al ciudadano generaría mucha violencia e inseguridad jurídica y, por ello, confiamos en ese ente estatal. Pero surgen dificultades a la hora de determinar en qué parte de ese Estado se ubica concretamente el poder de aplicar una pena, sobre todo si se le quiere imprimir a las penas la flexibilidad que poseen en nuestros días.

Queda descartado, como ya se explicó, que el juez sentenciador pueda ostentar ese poder de disposición. Pese a lo que establecen nuestras leyes penales y penitenciarias, existen dos problemas para que dicho juez pueda decidir hasta las últimas consecuencias sobre esa flexibilidad. El primero es, como ya vimos, la cosa juzgada: la flexibilidad supone variar la sentencia o hacer depender su vigencia de la voluntad de un tribunal que tendría una oportunidad eterna de variar su criterio, lo que no se compadece bien con la seguridad jurídica que intenta otorgar la cosa juzgada formal.

Pero además, el problema principal del juez sentenciador con respecto a las decisiones sobre la pena es su evidente falta de imparcialidad. Está afectado absolutamente por un sesgo egocéntrico<sup>30</sup> que le provoca un efecto de compromiso con su propia resolución, tendencia que, más allá del tradicional, y también evidente en este caso, sesgo de confirmación<sup>31</sup> provocará que humanamente sea para él muy difícil modificar de un modo u otro la pena impuesta en la sentencia, dado que, en tal caso, corre el riesgo de poner en cuestión su propio juicio.

En consecuencia, no parece que la Justicia pueda ser la que mejor disponga sobre este tema —y, desde luego, por las razones apuntadas, no lo es el juez que dictó la sentencia—, pero tampoco la Justicia en general, toda vez que puede crearse una suerte de corporativismo que podría generar los mismos prejuicios indicados en una materia tan sumamente delicada y que, por tanto, tampoco dice nada a favor de que esta competencia la retenga el poder judicial.

Por ello, hay que pensar en alguno de los otros dos poderes. Sería fácil decir que, dado que el Ministerio Fiscal fue parte en el proceso, debería ser el poder ejecutivo del que pro-



viene el que resolviera sobre algo tan radical como un indulto. Además, el hecho de que la Administración Penitenciaria se ocupe del seguimiento de la evolución de los reos y de las propuestas precisamente sobre el cumplimiento de la pena, y dado que dicha administración pertenece al poder ejecutivo, todo parecería jugar nuevamente a favor de que sean los gobiernos los que decidan los indultos, como ocurre en la mayor parte del mundo. Aunque siendo justos, ello sucede solamente por el hecho de que los gobiernos han asumido el antiguo poder ejecutivo de los emperadores, como ya vimos, que era el único que ni siquiera Montesquieu<sup>32</sup> discutía. No hay mayores reflexiones detrás de esta cuestión.

Sin embargo, en la actualidad, esa competencia gubernamental está fuera de época. Aunque los gobiernos sean elegidos por los parlamentos, su acción ejecutiva puede verse excesivamente influida por la acción política, lo que no parece ser muy coherente con la independencia y la imparcialidad de los pronunciamientos judiciales. Es decir, estaríamos diciendo que un poder que no es ni independiente ni imparcial —el ejecutivo—, estaría disponiendo de lo que hizo otro que al menos sobre el papel sí lo era. Pero al mismo tiempo, no podemos poner esa independencia como freno del poder de los gobiernos de perdonar el cumplimiento de una pena como mecanismo de acción política, porque de lo contrario el resultado sería que fuera la Justicia la que dirigiera esa acción política con sus fallos, lo que definitivamente sí es incompatible con su independencia. Es decir, tampoco desde este punto de vista parece que el indulto sea una materia de la que deba disponer la Justicia, particularmente en asuntos que posean ese indudable trasfondo político.

Por consiguiente, hay que pensar en otra solución. Veamos a continuación la oportunidad de concederle esa prerrogativa al único poder que resta, el legislativo, y analicemos, desde esa perspectiva, si tiene algún sentido el mantenimiento de la institución del indulto.

## 5. ¿PUEDE SERVIR EL PODER DEL PARLAMENTO PARA PRESERVAR LA DIVISIÓN DE PODERES?

Ha quedado claro que la motivación del indulto suele ser política, ya se trate de alta política —como sucede cuando se pretende pasar página de acontecimientos pretéritos que han enfrentado a la sociedad—, ya de una política de más baja relevancia, como por ejemplo el supuesto de un ciudadano absolutamente reinsertado que merece clemencia y al que la Justicia desea simplemente maltratar imponiéndole el cumplimiento de penas fuera de contexto u oponiéndose a adaptar esas penas a su situación personal actual, que desaconseja la retribución.

Si de política hablamos, y dado que, por las razones ya indicadas, la decisión del gobierno puede ser contraproducente, parece que lo más adecuado debiera ser dejar algo tan delicado como la concesión un indulto en poder del parlamento. Y no porque sea la autoridad más relevante sobre la faz de la tierra<sup>33</sup>, como dijo Blackstone tratando de dejar atrás el absolutismo de los antiguos soberanos, sino porque es el órgano que más fielmente refleja las mayorías sociales realmente existentes en un momento determinado, depuradas y

racionalizadas, además, por el debate parlamentario. Se trata, sin duda, del órgano dotado de mayor legitimación democrática que existe en una democracia y, por ello, al igual que se decidió hace tiempo en Suiza<sup>34</sup>, corresponde atribuirle este poder de disposición sobre las penas acerca del que hemos hablando hasta el momento.

De esa forma, se preserva además de manera ejemplar la división de poderes. Se sitúa al parlamento en el lugar central del Estado, que es el que le corresponde, sosteniendo la balanza de la propia Justicia y decidiendo que las penas impuestas por la misma no son procedentes en ese momento. Se puede sujetar el indulto, si se desea, a mayorías reforzadas como la absoluta, que es la exigida para legislar sobre los asuntos más sensibles de un Estado, análogos a la concesión un indulto. En definitiva, parece que es ese parlamento el que puede dar una respuesta definitiva sobre la subsistencia de ese poder de perdonar y la instancia que debe ser su depositaria en cuanto que representante de quien provienen todos los poderes: el pueblo, o la gente, como prefiere decirse en inglés y se ha hecho más frecuente en los últimos tiempos.

## 6. COSA JUZGADA Y VÁLVULA DE SEGURIDAD PARLAMENTARIA DE LA POLÍTICA

La cuestión es cómo configurar ese poder para evitar, por ejemplo, que un parlamento perdone delitos de corrupción o que un grupo de políticos aproveche una aplastante mayoría parlamentaria para proceder así. Y no se piense que así lo querían —siempre— los ciudadanos que les han votado, a la postre los depositarios últimos del poder de castigar y de cualquier otro poder del Estado, porque puede ser una sorpresa para ellos mismos tras haber votado en las elecciones.

Es decir, parece que no es demasiado práctico mantener a ultranza un fallo como si fuera la palabra *ex cathedra* de un papa cuando es posible que la Justicia se haya equivocado absolutamente en su decisión o, sin haberse equivocado, haya aplicado con demasiado rigor un Derecho del que podían desprenderse interpretaciones mucho más favorables al reo, como es siempre debido, y además el mantenimiento de dicha decisión resulte contraproducente para la sociedad que trata de preservar el Estado, incluso, insisto, si no se ha equivocado. Al final, la Justicia es un mecanismo de preservación de la paz social, igual que la imposición de castigos, cuya declaración, por cierto, se le confiere a dicha Justicia. Pero si la labor de la Justicia acaba por amenazar dicha paz volviéndose contra sus propios fines, alguna solución democrática tiene que preverse para evitarlo. Y tal solución no es otra que recurrir al poder que representa más directamente a aquel de quien todo poder emana: el pueblo.

¿Cómo garantizar que un parlamento adopte una buena decisión, es decir, que no provoque más problemas que los que intenta corregir? Al fin y al cabo, si un juez impuso una pena es porque aplicó una ley del parlamento que establecía el castigo. No es cuestionable que el parlamento podría reformar la ley para eliminar incluso la figura delictiva que fue objeto de la condena. Por ello, parece obvio que, si quien puede lo más, puede lo menos,

y si, en consecuencia, el parlamento tiene competencia para hacer desaparecer un delito en general, también podría indultar una pena en el caso concreto. O incluso amnistiar, con base exactamente en el mismo argumento, dado que, si puede hacer desaparecer la tipificación delictiva de unos hechos, teniendo esa acción como resultado la inmediata liberación, no solo de ese reo, sino de todos los condenados por dicho delito, es obvio que puede hacer que esa liberación sea mucho más selectiva.

Quedará siempre, naturalmente, el riesgo de la arbitrariedad, en la que también puede incurrir el legislador. Pero es dudoso que la labor de un tribunal constitucional, como garante de la constitucionalidad de las leyes, pudiera llegar tan lejos en un caso en el que, más que arbitrariedad, lo que tal vez pueda haber es discrepancia con la razón política del legislador<sup>35</sup>, acerca de la que es incuestionablemente soberano. Forzar de ese modo los límites del control de constitucionalidad sería probablemente desacertado, pero toda esta reflexión ya pertenece a otra disciplina que es ajena a mi especialidad.

## NOTAS

1. *Vid.*, entre otros, Zagrebelsky (1974); Dimoulis (1996); García Mahamut (2004), Bueno Ochoa (2007); Sánchez-Vera Gómez-Trelles (2008: 1 ss.); García San Martín (2015); y Santana Vega (2016: 51 ss.).
2. Cfr. Cod. Lid. IX, Tít. LI.
3. *Vid.* Mommsen (1899: 31-32).
4. D. XL, tít. V, 10: *quod multa contra iuris rigorem pro libertate sint constituta*.
5. *Vid.* dicho trasfondo en De Lucas (2021: 280 ss.).
6. BOE, 23-6-2021.
7. *Vid.* Nieva Fenoll (2008: 119).
8. Bernatzik (1886).
9. Keller (1827: 222).
10. Lara Peinado (1997: 7).
11. Lo explico en detalle en Nieva Fenoll (2013: 102).
12. Serra Domínguez (1972: 520).
13. Por influencia de EE. UU., *vid.* McConvill y Mirsky (2005: 2 ss.).
14. *Patton vs. United States* (No. 53), 281 U.S. 276, 14-4-1930.
15. Kühne (2015: 210 ss.).
16. Dalia (2016: 93 ss.).
17. Freer (1986: 3).
18. *Vid.* Jauernig y Hess (2011: 93).

19. Kaser y Hackl (1996:363).
20. Azón (1567: rúbrica XX, 237).
21. Lo cuento en Nieva Fenoll (2020: 21 ss.).
22. Contamine, Bompaire, Lebecq y Sarrazin (2000).
23. Azón (id. *supra*, nota 20). Escrito en un latín muy vulgarizado, la traducción es algo complicada: «Iudex debet ex conscientia iudicare, & econtrà.] Secundum allegata iudicare debet. Cum quaeritur, an iudex debeat iudicare secundum conscientiam suam, in causa civili vel criminali, distingue: utrum notum sit ei tamquam iudici, id est, ratione officii sui: an ut privato. In primo casu fertur sententia secundum conscientiam suam; quae etiam potest dici allegatio. ut ff. de ser. l.2.&ff. Si fer. vend. l. surreptionem. & de minor. 25. anno.l.minor. Quid miri? nonne sert sententiam, secundum testificationes & confessiones, quas novit ut iudex? & et ita potest intellegi hoc generale. Si vero novit ut privatus, non debet ferre sententiam secundum conscientiam suam, sed secundum allegata. & ita intelligitur contraria Rubrica».
24. Durandus (1585: Parte II, *De Sententia*, § 5, 1., 784-785): «Qualiter aut sententia sit promulganda, clarius explicemus. Et quidem iudex ante omnia debet diligenter cuncta, quae fuerunt in iudicio acta discutere, et cum peritis deliberare, ut s. de requis. cos. in prin. et in si. postmodum partes citandae sunt ad sententiam audiendam, ut extr. de testi. cum olim. in si. aliter non valeret sententia, ut s. de citat. §. viso ver. aliter autem. Deinde est ferenda sententia, iudice sedente pro tribunali in loco consueto, vel alias honesto, utraque parte praesente, vel altera contumaciter absente: (quia contumacia tunc eam pro praesente haberi) sententia prius in scripti redacta, et correcta, sacris et coram se positis, sciat iudex, quia non minus iudicabit, quam iudicet hoc probatur per ordinem 2. q. 3. § notandum versi abolitio et 3.q.3. § spacium ver. a procedente. C. de iudi. properandum et l. rem non novam. C. quomodo et quando iud. ea quae exc. de dolo et contu. veritatis ext. de iur. venientes. Et j. eo.ti.§.iuxta. ver.item non valet et per totum. 1 Item debet ferri secundum allegata et probata, et non secundum conscientiam, ut 3.q.7. iudicet ff. de offi. iud. or.si sacerdos 2 et de off. de leg. Pastoralis [...].».
25. *Vid.*, por ejemplo: *Codex*, Libro IV, título XX, nº 9, §1, *Codex*, Libro IV, título XXI, nº 15.
26. Sobre el funcionamiento de este sistema, *vid.* Nörr (2012: 128-129); Ortiz de Zúñiga (1856: 239, 255 y 257); De Vicente y Caravantes (1856: 133); y Gómez de la Serna y Montalbán (1861: 435).
27. Bentham (1823: 9-15).
28. Voltaire (1829: 104 ss.).
29. Glanvill (1780: 333) y Bracton (1569: lib. III, cap. VIII).
30. Artieta Pinedo y González Labra (2005: 344).
31. Furnham y Chu Boo (2011: 35 ss.).
32. Montesquieu (1748: lib. XI, cap. VI).
33. Blackstone (1768: 185).
34. Art. 381 del Código Penal suizo: «Begnädigung, Zuständigkeit. Das Recht der Begnadigung mit Bezug auf Urteile, die auf Grund dieses oder eines andern Bundesgesetzes ergangen sind, wird ausgeübt: a. in den Fällen, in denen die Strafkammer des Bundesstrafgerichts oder eine Verwaltungsbehörde des Bundes geurteilt hat, durch die Bundesversammlung; b. in den Fällen, in denen eine kantonale Behörde geurteilt hat, durch die Begnadigungsbehörde des Kantons».
35. Sobre ello reflexiona De Lucas (2021: 280 ss.).

## BIBLIOGRAFÍA

- ARTIETA PINEDO, María Isabel y María José GONZÁLEZ LABRA (2005): «La toma de decisiones», en M.J. González Labra (ed.), *Introducción a la psicología del pensamiento*, Madrid: Trotta.
- AZÓN (1567): *Brocardica (aurea). sive generalia iuris*, Basilea.
- BENTHAM, Jeremy (1823): *Traité des preuves judiciaires*, París: Bossange Frères, Libraires Editeurs.
- BERNATZIK, Edmund (1886): *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Viena: Scientia.
- BLACKSTONE, William (1768): *Commentaries on the Laws of England*, t. I, Oxford: Clarendon Press.
- BRACON, Henry (1569): *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, Londres.
- BUENO OCHOA, Luis (2007): *Elogio y refutación del indulto: estudio sobre la gracia de indulto y su regulación en el ordenamiento jurídico español*, Madrid: El Boalo.
- CONTAMINE, Philippe, Marc BOMPAIRE, Stéphane LEBECQ y Lean-Luc SARRAZIN (2000): *La economía medieval*, Madrid: Akal.
- DALIA, Gaspare (2016): «Prospettive di mediazione in Italia», *Iura and Legal Systems*.
- DAMASKA, Mirjan R. (1986): *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven: Yale University Press.
- DE LUCAS, Javier (2021): «Concordia Discors. Una interpretación sobre los indultos a los políticos catalanes en prisión», *Teoría & Derecho*, 29.
- DE VICENTE y CARAVANTES, José (1856): *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, Madrid: Imprenta de Gaspar y Roig.
- DIMOULIS, Dimitri (1996): *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive. Rechtsphilosophische, verfassungs- und strafrechtliche Probleme*, Berlín: Duncker & Humblot.
- DURANDUS, Guillaume (1585): *Speculum iuris*, Venecia.
- FREER, Richard D. (2017): *Civil Procedure*, Nueva York: Aspen Publishers.
- FURNHAM, Adrian y Hua CHU BOO (2011): «A literature review of the anchoring effect», *The Journal of Socio-Economics*, 40(1).
- GARCÍA MAHAMUT, Rosario (2004): *El indulto. Un análisis jurídico-constitucional*, Madrid: Marcial Pons.
- GARCÍA SAN MARTÍN, Jerónimo (2015): *El indulto. Tratamiento y control jurisdiccional*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- GLANVILL (1780): *Tractatus de Legibus et Consuetudinibus Regni Angliae*, Londres: J. Streater, H. Twyford, y E. Flesher.
- GOMEZ de la SERNA, Pedro y Juan Manuel MONTALBÁN ([1861] 2010): *Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales*, t. I, Madrid: Nabu-Press.
- JAUERNIG, Othmar y Burkhard HESS (2011): *Zivilprozessrecht*, Munich: C.H. Beck.
- KASER, Max y Karl HACKL (1996): *Das roemische Zivilprozessrecht*, Munich: C.H. Beck.
- KELLER, Friedrich Ludwig (1827): *Über Litiskontestation und Urteil nach classischem Recht*, Zurich: Geßner.
- KÜHNE, Hans-Heiner (2015): *Strafprozessrecht*, Heidelberg: C.F. Müller.
- LARA PEINADO, Federico (1997): *Código de Hammurabi*, Madrid: Tecnos.
- MCCONVILL, Mike y Chester L. MIRSKY (2005): *Jury Trials and Plea Bargaining: A True Story*, Oxford: Hart Publishing.
- MOMMSEN, Theodor (1899), *Römisches Strafrecht*, Leipzig: Duncker & Humblot.
- MONTESQUIEU ([1748] 1979): *De l'esprit des lois*, París: Flammarion.
- NIEVA FENOLL, Jordi (2006): *La cosa juzgada*, Barcelona: Atelier.
- (2013): *La duda en el proceso penal*, Madrid: Marcial Pons.
  - (2010): «The CJEU and the Refinement of the Principle of Party Disposition», *International Journal of Procedural Law*, 1.
- NÖRR, Knut Wolfgang (2012): *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, Heidelberg: Springer.
- ORTIZ de ZÚÑIGA, Manuel (1856): *Práctica general forense*, t. II, Madrid: Biblioteca judicial.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier (2008): «Una lectura crítica de la Ley de Indulto», *In-Dret*, 2.

SANTANA VEGA, Dulce M. (2016): «Desmontando el indulto (especial referencia a los delitos de corrupción)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 108, septiembre-diciembre.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel (1972): «Liberalización y socialización del proceso civil», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 2-3.

VOLTAIRE (1829): *Oeuvres complètes de Voltaire*, t. XXXVI, «Politique et législation», vol. 4, Bruselas: Ode et Wodon.

ZAGREBELSKY, Gustavo (1974): *Amnistia, indulto e grazia: profili costituzionali*. Milán: Giuffrè.

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

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