UNA LECTURA CONSTITUCIONALMENTE ADECUADA DE LOS NUEVE INDULTOS CONCEDIDOS A LOS CONDENADOS EN EL JUICIO DEL *PROCÉS*

A CONSTITUTIONALLY ADEQUATE READING OF THE NINE PARDONS GRANTED TO THOSE CONVICTED IN THE TRIAL OF THE PROCÉS

Rosario García Mahamut

Catedrática de Derecho constitucional
Universitat Jaume I

RESUMEN

Este trabajo aborda un análisis jurídico formal y material sobre los requisitos de legalidad de los nueve indultos concedidos por el Gobierno. Deslinda los aspectos propios del control parlamentario y de la responsabilidad política a los que está sometido el Gobierno al conceder los indultos de aquellos susceptibles del control judicial frente a los eventuales recursos. El texto analiza pormenorizadamente el informe desfavorable a la concesión de los indultos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y de la Fiscalía del Supremo y concluye que los indultos cumplen con los requisitos de legalidad.

PALABRAS CLAVE

Prerrogativa de gracia, derecho de gracia, Indulto, juicio del *procés*, Ley de indulto, amnistía, responsabilidad política del Gobierno, responsabilidad penal de los miembros del Gobierno, Tribunal Supremo, Ministerio Público.

ABSTRACT

This work addresses a formal and material legal analysis about the requirements of legality to the nine pardons granted by the Government. It delineates the aspects of parliamentary control and political responsibility in which the Government is pressured when granting pardons to those susceptible to judicial control in the face of eventual remedies. The report unfavourable to the granting of pardons by the Second Chamber of the Supreme Court and the Supreme Prosecutor's Office is analysed in detail and concludes that the pardons fulfil the requirements of legality.

KEYWORDS

Prerogative of granting pardons, right of pardon, Pardon, trial of the *procés*, Amnesty Law, political responsibility from the Government, criminal liability of members of Government, Supreme Court, Public Ministry.

DOI: doi.org/10.36151/td.2021.016

UNA LECTURA CONSTITUCIONALMENTE ADECUADA DE LOS NUEVE INDULTOS CONCEDIDOS A LOS CONDENADOS EN EL JUICIO DEL *PROCÉS*

Rosario García Mahamut
Catedrática de Derecho constitucional
Universitat Jaume I

Sumario: 1. El derecho de gracia en nuestro Estado democrático de derecho: 1.1. Una necesaria contextualización. 1.2 Una sinopsis histórico-constitucional. 1.3. Claves constitucionales actuales del derecho de gracia. 2. Las solicitudes de los nueve indultos y su concesión: cuestiones jurídicas de interés. 3. El informe de la Sala Segunda de Tribunal Supremo y de la Fiscalía: un balance crítico. 4. Sobre la legalidad de los indultos. 5. Consideraciones finales. Notas. Bibliografía.

1. EL DERECHO DE GRACIA EN NUESTRO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

1.1. UNA NECESARIA CONTEXTUALIZACIÓN

En un Estado democrático de Derecho, la prerrogativa de gracia como excepción al principio del cumplimiento de las sentencias judiciales por parte del Gobierno constituye un instituto no exento de polémica tanto desde el punto de vista político como jurídico. No obstante, los indultos particulares concedidos «a delincuentes y con arreglo a la ley», en expresión literal de nuestros textos constitucionales, no han generado la aversión de los operadores jurídicos[1].

No está, pues, de más recordar que el art. 4.3 del Código Penal (en adelante, CP) habilita al juez o tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, para acudir al Gobierno «[…] exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del juez o tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo»[2].

Ahora bien, los indultos, no solo atemperan de manera excepcional la pena en el terreno de la justicia o de la equidad; también lo hacen, *stricto sensu*, en el de la utilidad pública, en el corazón mismo de esa *ratio decidenci* que corresponde al Gobierno adoptar como órgano de naturaleza política por excelencia.

A pesar de que los indultos particulares encuentran perfecto acomodo en el Estado democrático alumbrado por la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE), lo cierto es que deben cohonestarse con los principios y valores constitucionales, lo que implica una serie de límites en su ejercicio. Por citar el de mayor calado, el art. 62 i) CE prohíbe expresamente la concesión de indultos generales.

Sin embargo, en estos 43 años de democracia se han concedido indultos que han inquietado a la sociedad. Se ha indultado a personas condenadas por delitos que han causado repulsión, alarma social y/o generado desconfianza en el Gobierno que los ha concedido y, por ende, en el partido que ha sustentado al ejecutivo. A pesar de ello, algunos indultos han generado cierto alivio al menos de una parte de la sociedad que ha considerado que, aun siendo rechazables, podían contribuir a solucionar problemas de convivencia e incluso de conciencia social.

No cabe, en todo caso, soslayar que, en nuestra democracia, los gobiernos de distinto signo político han ejercido implacablemente el derecho de gracia mediante la concesión de indultos que, por sus especiales condiciones, han generado una fuerte división política y social[3].

Los indultos concedidos a los nueve condenados en el juicio del *procés* constituyen un claro ejemplo de ello[4]. No es extraño que, como he señalado en otro lugar, las graves consecuencias derivadas de la vulneración de los mecanismos constitucionales en la lucha por la independencia de Cataluña, así como la profunda fractura social que ello ha generado, hayan motivado que la principal fuerza política de la oposición los pusiera en entredicho y sembrara dudas sobre la legalidad de los mismos amparándose, entre otras razones, en los argumentos vertidos en los informes desfavorables de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (en adelante, TS) y de la Fiscalía.

Actualmente, diversas fuerzas políticas (Ciudadanos, VOX y PP) han presentado varios recursos contencioso-administrativos ante el Tribunal Supremo. Independientemente de las alegaciones que fundan los recursos interpuestos, la Sra. Arrimadas[5] ha declarado que la concesión de los indultos a los condenados en el juicio del *procés* no solo es un atropello al estado de Derecho, sino también el resultado de un pacto infame entre el presidente del Gobierno y las formaciones independentistas para lograr la aprobación de los presupues-

tos. Por su parte, el Sr. Abascal[6] acusa al presidente del Gobierno de haber cometido un acto de corrupción al decretar la concesión los indultos a los condenados por sedición y el Sr. Casado califica la decisión de atropello democrático[7].

Durante estos días, tamborilea en mi memoria la postura del presidente de la República, Niceto Alcalá Zamora, cuando en octubre de 1934 fue condenado a muerte por delito de rebelión el comandante de artillería Enrique Pérez Fárras. El Gobierno presidido por Lerroux —y apoyado por la CEDA— estaba a favor de la ejecución de la sentencia condenatoria. Alcalá Zamora se oponía a la aplicación de la pena capital y, haciendo uso de la facultad prevista en el el art. 102 de la Constitución de 1931, instó al Gobierno a solicitar el preceptivo informe del Tribunal Supremo, que se pronunció contra el indulto[8].

En palabras del propio Alcalá Zamora: «En el histórico Consejo de octubre de 1934 cuando informó, durante once cuartos de horas, para impedir el fusilamiento del comandante Pérez Fárras, que de hecho podía prejuzgar el del teniente coronel Ricart, no vacilé un momento. Sabía lo que podía pasar, y lo que se preparaba, pero todo podía arrostrarse antes que dejar correr sangre catalana, vertida por un delito político, en nombre del poder central, y en contraste con benevolencias aplicadas a rebeldías recientes y reaccionarias. Aquellos fusilamientos, que habrían arrastrado, para impedir contrastes de equidad, al del Gobierno de Cataluña, hubiera hecho imposible la vida dentro de península»[9]. Tras reunirse con Alcalá Zamora, el Gobierno finalmente concedió los indultos[10].

Volviendo a la actualidad, debe puntualizarse que el indulto constituye una excepción al principio del cumplimiento de las penas judiciales proclamado en el art. 118 de la CE, de ahí su carácter excepcional.

Cabe precisar que, tras la reforma de 2015 de la Ley de Indulto de 1870, entre los años 2016 y 2020, ambos incluidos, se han concedido 137 indultos sobre un total de 19.592 expedientes resueltos. De esos 137 solo seis han contado con los dos informes desfavorables del tribunal sentenciador y el Ministerio Fiscal.

Centrándonos en el año 2020, y sin ánimo de extrapolar los datos, en el primer semestre se resolvieron un total de 1240 expedientes. Se concedieron diez indultos[11]: tres totales (por condenas cuyas penas máxima y mínima eran, respectivamente, de 12 meses y un día de prisión y de 29 días de multa) y siete parciales (por condenas cuyas penas máxima y mínima eran, respectivamente, de tres años y de cinco meses y quince días de prisión).

El 100 % de los diez indultos contaron con uno o los dos informes favorables (tribunal sentenciador y Ministerio Fiscal). Ocho de ellos fueron objeto de los dos informes favorables y solo dos expedientes se hicieron acreedores del informe desfavorable del Ministerio fiscal.

Sin embargo, no se concedió ningún indulto que hubiera sido propuesto por el tribunal sentenciador en virtud del art. 4.3 CP. En treinta y cuatro de los indultos denegados por el Gobierno tanto del tribunal sentenciador como del Ministerio fiscal habían informado favorablemente[12].

En el segundo semestre del 2020, de los 1664 expedientes de indultos resueltos se concedieron 18 indultos parciales[13]. El 100 % de los indultos concedidos también contaban con uno o los dos informes favorables (tribunal sentenciador y Ministerio Fiscal). En siete de ellos los dos informes eran favorables, diez contaban con el informe favorable del tribunal sentenciador, pero no del Ministerio Fiscal y uno fue informado favorablemente por el Ministerio Fiscal y desfavorablemente por del tribunal sentenciador.

Tampoco se concedió indulto alguno que hubiera sido propuesto por el tribunal sentenciador en virtud del art. 4.3 del Código Penal, y 53 fueron denegados a pesar de los informes favorables del Tribunal sentenciador y del Ministerio Fiscal[14].

Como afirman los informes, el número de solicitudes en términos generales se ha reducido y, desde luego, constatan la excepcionalidad de este mecanismo, que debe atender a razones de justicia, equidad o utilidad pública, todo ello sin olvidar que este instituto está generalmente reconocido y regulado en el Derecho comparado.

1.2. UNA SINOPSIS HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL

Como he abordado en otra sede[15], quisiera recordar que en nuestro constitucionalismo histórico se han identificado como manifestaciones de la prerrogativa de gracia la amnistía —medida que extingue los delitos y de las penas— y el indulto —dispositivo de reducción, conmutación o extinción de las penas—. Adicionalmente, se distinguen de forma clara los indultos de carácter general y los indultos individuales.

Desde una perspectiva histórica, los indultos generales y las amnistías ejercidas antaño como prerrogativa real de gracia han tenido siempre numerosos detractores. Por el contrario, los indultos particulares o individuales han generado la oposición de los operadores jurídicos solo desde fechas muy recientes.

En los regímenes más democráticos o progresistas de la historia constitucional española, las amnistías se han visto limitadas y los indultos generales han sido prohibidos —o muy limitados, si atendemos a la letra de nuestras constituciones—. La Constitución *non nata* de 1856 prohibía al monarca conceder indultos generales (art. 49.10) y tasaba en su art. 53 aquellas materias para cuyo ejercicio el rey necesitaba estar autorizado por una ley especial, materias entre las que figuraba la concesión de amnistías (apartado 4).

La Constitución de 1869 es el primer texto constitucional que hace referencia expresa a los indultos generales y distingue claramente la amnistía, los indultos particulares y los indultos generales[16]. Recordemos que en su art. 74 estipulaba de forma taxativa la siguiente previsión: «El rey necesita estar autorizado por una ley especial […] para conceder amnistías e indultos generales». Sin embargo, y a pesar de la «tibieza» de la Constitución de 1869 en materia de indultos generales, que requerían a la autorización de una ley especial, no podemos perder de vista el Real Decreto de 7 de diciembre de 1866, relativo a Las Reglas para la concesión de indultos: exposición razonada sobre la prerrogativa Real. Prohibición de indultos generales y de peticiones colectivas, texto cuyo art. 4 prohibía los indultos generales. Este RD de 1866 fue derogado por la Ley reguladora del Indulto de 18 de junio de

1870, que, como es de sobra conocido, sigue vigente en la actualidad y no hace referencia a los indultos generales.

La Constitución republicana de 1931 aportó dos grandes novedades en la materia. En primer lugar, el art. 102 de la CE de 1931 disponía expresamente: «Las amnistías solo podían ser acordadas por el Parlamento». Se prohibía la concesión de indultos generales. Los indultos individuales se otorgaban por el TS a propuesta del tribunal sentenciador, del fiscal, de la Junta de Prisiones o a petición de parte. Sin duda, esta regulación se aleja de nuestra tradición histórica, pero es coherente con el último párrafo del propio art.102 de la CE 1931 que facultaba al presidente de la República para conceder indultos en los delitos de extrema gravedad, si bien bajo determinadas condiciones: el informe previo del Tribunal Supremo y la propuesta del Gobierno responsable.

La segunda novedad radica en que la de 1931 es la única de las constituciones españolas en la que la distintas manifestaciones de la prerrogativa de gracia —la prohibida de los indultos generales, la polémica amnistía y los indultos individuales— se ubican, en términos sistemáticos, en el título VII («De la Justicia") del texto constitucional.

Como ya argumenté en su momento[17], tal ubicación resulta muy ilustrativa, dado que, si bien puede aducirse que nos encontramos ante una constitución republicana —y que, por ello, no cabe ubicar tales preceptos entre las prerrogativas del monarca—, no es menos cierto que podía haberse fraccionado y ubicado en los títulos y funciones correspondientes al Parlamento, el presidente de la República o el Gobierno. No obstante, el constituyente optó claramente por el título relativo a la Justicia, decisión que, a mi juicio, revela el grado de conciencia sobre la naturaleza híbrida de tales prerrogativas.

Como en su momento manifestó Alcalá Zamora al identificar los defectos de la Constitución de 1931[18], las amnistías no podrían prohibirse de forma absoluta —como sí podía hacerse con los indultos generales—. A su juicio, sin embargo, sí era pertinente someterlas a determinadas restricciones como la intervención de otros poderes —singularmente, el judicial—, las limitaciones de las iniciativas, el transcurso de plazos o la parte de la pena cumplida exigible.

Los indultos generales y las amnistías concedidos han merecido los más variados reproches desde el mismo origen del Estado constitucional. No es menos cierto, sin embargo, que ambas figuras han adquirido un valor específico como instrumentos jurídicos que han permitido alcanzar la paz social en períodos de cambio de regímenes políticos —especialmente, en el tránsito de la dictadura a la democracia— y han permitido canalizar la consolidación del nuevo orden jurídico-constitucional. Ello no es en modo alguno un rasgo específico del ordenamiento español.

1.3. CLAVES CONSTITUCIONALES Y LEGALES ACTUALES DEL DERECHO DE GRACIA

La Constitución de 1978 no define la prerrogativa real de gracia, pero atribuye al rey ejercer el derecho de gracia[19] con arreglo a la ley e impide autorizar indultos generales (art. 62 i)

CE). En nuestra monarquía parlamentaria, ello es un acto debido, dado que los actos del rey deben ser refrendados y de ellos son responsables las personas que los refrenden (art. 64 CE).

Nuestra carta magna hace referencia de forma individualizada y no sistemática al derecho de gracia del art. 62 i) CE, para sustraer a la iniciativa legislativa popular esta materia (art. 87.3 CE) y para evitar su aplicación a los miembros del Gobierno cuando incurran en los supuestos de responsabilidad criminal a los que hace referencia el art. 102 CE (art. 102.3 CE).

La posición constitucional del Gobierno en materia de indultos resulta clara a la luz de la lectura conjunta de los arts. 56.3, 64 y 102.3 CE. De hecho, el legislador que aprobase una reforma legal en la materia no podrá perder nunca de vista que por mandato expreso del art. 97 CE corresponde al Gobierno la función constitucional de dirigir la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado, amén de ejercer la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes. La dirección de la política criminal constituye una faceta de la dirección de la política. Ello explica que, por ejemplo, aunque haya indultos informados favorablemente tanto por el tribunal sentenciador y la Fiscalía, no sean concedidos por el Gobierno.

Además de las previsiones normativas Constitucionales, el marco normativo del indulto está integrado por la Ley de 18 de junio de 1870 (en adelante, LI), que establece las reglas para el ejercicio de la gracia de indulto, así como por otras disposiciones normativas del Código Penal o la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) que complementan aquella regulación. Tras la promulgación de la Constitución, la LI fue reformada profundamente en 1988. También fue objeto de una modificación en 2015 destinada a añadir una disposición que aporta sin duda mayor transparencia en la concesión o denegación de los indultos e ilustra perfectamente lo que sucede con la utilización de un mecanismo excepcional como el que aquí se analiza. Efectivamente, la norma prevé que el Gobierno remitirá semestralmente al Congreso de los Diputados un informe sobre la concesión y denegación de indultos. Para la presentación de los datos contenidos en el informe, «[…] un alto cargo del Ministerio de Justicia solicitará su comparecencia ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados» conforme a la Disposición adicional de la Ley del Indulto[20].

La LI responde al objetivo de regular el procedimiento para la concesión de los indultos particulares y limitar en todo lo posible tanto el ámbito de acción como la discrecionalidad del Gobierno en el ejercicio de una facultad a todas luces excepcional.

Ello explica que, como he señalado en otro lugar, la LI someta todo el procedimiento de naturaleza administrativa al cumplimiento de una serie de trámites que tratan de garantizar un juicio perfectamente formado del ejecutivo para que este no adopte decisiones arbitrarias que no obedezcan a razones de justicia, equidad o utilidad pública. A ese fin está preordenado el informe que preceptivamente debe emitir el tribunal sentenciador, al que corresponde consignar el dictamen sobre la justicia o conveniencia y la forma de la gracia (art. 23 LI).

El tribunal sentenciador solicitará, a su vez, un informe sobre la conducta del penado al jefe del establecimiento en que se halle cumpliendo condena y tendrá que oír al fiscal y a la parte ofendida si la hubiere (art. 24 LI). Obsérvese que, tal y como expresamente man-

data el art. 25 de la LI, el tribunal sentenciador «[…] hará constar en su informe, siendo posible, la edad, estado y profesión del penado, su fortuna si fuere conocida, sus méritos y antecedentes, si el penado fue con anterioridad procesado y condenado por otro delito, y si cumplió la pena impuesta o fue de ella indultado, por qué causa y en qué forma, *las circunstancias agravantes o atenuantes que hubiesen concurrido en la ejecución del delito,* el tiempo de prisión preventiva que hubiese sufrido durante la causa, la parte de la condena que hubiere cumplido, su conducta posterior a la ejecutoria, *y especialmente las pruebas o indicios de su arrepentimiento que se hubiesen observado,* si hay o no parte ofendida, y si el indulto perjudica el derecho de tercero, *y cualesquiera otros datos que puedan servir para el mejor esclarecimiento de los hechos,* concluyendo por consignar su dictamen sobre la justicia o conveniencia y forma de la concesión de la gracia» (la cursiva es nuestra).

Posteriormente, debe remitir con su informe la hoja histórico-penal y el testimonio de la sentencia ejecutoria del penado, con los demás documentos que considere necesario para la justificación de los hechos (art. 26). Además, la ley establece una ratio de preferencia por el tipo de indulto que, en su caso, debe ser concedido, primando el indulto parcial frente al total; además, constituye una condición necesaria para la concesión gubernamental de un indulto total la opinión favorable del tribunal sentenciador (art. 11 LI). En los demás casos, solo puede concederse el indulto parcial (art.12 LI).

La rancia tradición jurídica de este instituto y la vigencia de la LI[21] en el momento constituyente nos lleva a concluir que la extinción, conmutación o reducción de las penas es lo que debe integrar el contenido constitucional de tal prerrogativa frente a eventuales reformas. La responsabilidad criminal se extingue *ex* art. 130.4. 4º del Código Penal por el indulto. No debemos olvidar que el indulto no puede extinguir sus efectos; esto es, los antecedentes penales y la responsabilidad civil, y que tampoco se extiende a las costas procesales.

Finalmente, no cabe obviar que el indulto particular cumple una función constitucional de corrección del sistema penal sustantivo y procesal que atiende a razones de justicia y equidad, lo que justifica que pueda ser solicitado por el tribunal sentenciador, el TS o el fiscal, tal y como preceptúa el art. 20 de la LI. Es decir, el indulto es un mecanismo orientado a atemperar el rigor de las penas impuestas en aquellos supuestos excepcionales en los que la estricta aplicación de la ley produce una respuesta punitiva absolutamente desproporcionada. No obstante, el indulto también puede cumplir una función constitucional que atienda a la preservación de otros valores contenidos en la carta magna, garantizando, por ejemplo, la convivencia democrática y pacífica.

2. LAS SOLICITUDES DE LOS NUEVE INDULTOS Y EL CONTENIDO DE LOS REALES DECRETOS: ALGUNAS CUESTIONES DE INTERÉS

En este epígrafe solo abordaremos algunos aspectos puntuales que nos ayuden a comprender problemas de carácter técnico que se plantearán en los siguientes apartados.

En relación con las solicitudes de los indultos, el primer hecho destacable es que las mismas se formularon por personas particulares, asociaciones diversas, la presidencia del Parlamento de Cataluña, alcaldes y alcaldesas y representantes de órganos autonómicos, entre otros, y que eran diferentes según las personas condenadas[22], más allá de que hubiera alguna excepción al respecto; tal es el caso de la petición de la presidenta del partido Lliga Democràtica, que, en su nombre y en representación del partido, solicitó el indulto para todos los condenados.

Ninguna de las solicitudes se formuló a petición de los interesados. Tampoco ninguno de los expedientes de indultos fue incoado de oficio por el Gobierno. Y no es necesario decir que no lo propuso el Tribunal Supremo.

Las razones invocadas en las solicitudes se fundamentaron, tal y como se infiere del informe de la Sala Segunda del TS, en la desproporción de las penas impuestas, en razones de conveniencia política o social, o en la necesidad de recuperar la normalidad en la vida política catalana.

En la tramitación del expediente del indulto y durante el procedimiento, los hoy indultados no mostraron indicio alguno de arrepentimiento y tampoco respondieron a la Sala, excepción hecha del Sr. Cuixart.

Por lo que respecta a la concesión de los indultos, vistos los Reales Decretos 456 a 464/2021, de 22 de junio, el Consejo de Ministros, a propuesta del ministro de Justicia, considerados los informes del Tribunal Supremo y del Ministerio Fiscal, atendiendo a las circunstancias concretas de cada uno de los condenados y, en particular, a los motivos de utilidad pública que se exponen en la propuesta del ministro de Justicia, y conforme a la información que obra en cada uno de los expedientes, el Gobierno estima que concurren las razones de utilidad pública e indulta de forma individualizada, parcial y condicionada a los acusados como autores de un delito de sedición en concurso medial con un delito de malversación agravado por razón de su cuantía —cuyas penas oscilan entre 12 y 13 años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena— para indultar la pena privativa de libertad pendiente de cumplimiento a condición de que no vuelvan a cometer delito grave en un plazo que varía según los condenados.

También a los condenados por delitos de sedición —cuyas penas oscilan entre 11 años y 6 meses de prisión a 9 años de prisión y de inhabilitación absoluta— se les indulta de la pena privativa de libertad pendiente de cumplimiento, condicionando igualmente la concesión de la gracia a la no comisión de delito grave en un plazo igualmente variable según los condenados. A ninguno de los penados se les indulta la pena de inhabilitación absoluta.

En el primero de los supuestos se encuentran Oriol Junqueras, Raül Romeva, Jordi Turull y Dolors Bassa, y en el segundo Carmen Forcadell, Joaquim Forn, Josep Rull, Jordi Sánchez y Jordi Cuixart.

Como hemos señalado, la pena pendiente de cumplimiento indultada se condiciona a la no comisión de un delito, exigencia que varía y se singulariza según las personas. Así, a Jordi Turull (Real Decreto 464/202), al que se le condena e impone idéntica pena que Dolor Bassa y Raul Romeva (12 años de prisión y 12 años de inhabilitación absoluta) se le

indulta a condición de que no vuelva a cometer delito grave en el plazo de 6 años desde la publicación del real decreto. A Raul Romeva se le impone la condición de que no vuelva a cometer delito grave en el plazo de 4 años (Real Decreto 461/2021) y a Dolors Bassa (Real Decreto 456/2021) a condición de que no vuelva a cometer delito grave en el plazo de 3 años. Por su parte, a Oriol Junquera, condenado a 13 años de prisión y 13 años de inhabilitación absoluta, el indulto se condiciona a que no vuelva a cometer delito grave en el plazo de 6 años (Real Decreto 460/2021).

Por lo que respecta a los condenados como autores responsables del delito de sedición, recordemos que a Carmen Forcadell se le condenó a las penas de 11 años y seis meses de prisión e idéntico tiempo de inhabilitación absoluta. Sin embargo, el indulto se condiciona a que no vuelva a cometer delito grave en el plazo de 4 años (Real Decreto 458/2021). En el caso de Joaquim Forn (Real Decreto 459/2021) y Josep Rull (Real Decreto 462/202), condenados a 10 años y seis meses de prisión e inhabilitación absoluta, a ambos se les indulta a condición de no cometer delitito grave en el plazo de 6 años.

Finalmente, a Jordi Sánchez (Real Decreto 463/2021) y Jordi Cuixart (Real Decreto 457/2021), se les condeno a las penas de 9 años de prisión y 9 años de inhabilitación absoluta y el indulto se condiciona a no cometan delitito grave en el plazo de 5 años.

3. EL INFORME DE LA SALA DE TRIBUNAL SUPREMO Y DE LA FISCALÍA: UN BALANCE CRÍTICO

Teniendo presente el contexto político y social, es difícil acometer un análisis jurídico del tema objeto de este trabajo sin tomar en consideración el Informe de indulto de la Sala de lo Penal del TS emitido en el Expediente tramitado con ocasión de la ejecutoria correspondiente a la causa especial 3/20907/2017[23].

Es llamativa la valoración que realiza el TS sobre algunos aspectos. Ciertamente, resulta comprensible que el tribunal sentenciador argumente que la forma de concebir la responsabilidad criminal cuando esta deja de ser la consecuencia del hecho propio y se difumina en una responsabilidad compartida, grupal y ligada por vínculos de coincidencia ideológica «[…] entorpece a la hora de exponer los motivos que justificarían su extinción» (FJ 3). Sin embargo, esta consideración es vertida atendiendo a valoraciones concretas que merece la pena subrayar y que parten de un hilo conductor: lo que pide la ley a la Sala es la elaboración de un informe que tome en consideración el significado jurídico del indulto como forma de extinción de la responsabilidad criminal (art. 130.1.4 CP).

Efectivamente, conviene puntualizar que a la Sala le corresponde emitir preceptivamente un informe que debe constar en el expediente individualizado junto a los demás informes exigidos; sin embargo, la emisión del Informe el tribunal sentenciador no supone la realización de función jurisdiccional alguna, es decir, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. A pesar de ello, hay tramos del texto en los que determinadas aseveraciones son las propias

de un proceso penal —que, a diferencia de las valoraciones que recoge el informe, está rodeado de todas las garantías constitucionales y legales—.

Trataré de explicar por qué algunas de esas consideraciones resultan, a mi juicio, un tanto llamativas. En esta línea, la Sala nos recuerda que en las solicitudes de los indultos se apela a la falta de proporcionalidad de las penas, que, a juicio del TS, ha sido interpretada por algunos de los peticionarios como la apertura pública de un trámite para hacer llegar al Gobierno las quejas por la respuesta judicial a los hechos objeto de enjuiciamiento y la pretensión es que el Gobierno corrija la sentencia de la Sala.

A partir de aquí, y tras la afirmación de que no este no es «desde luego, el sentido y finalidad del indulto», la Sala advierte que hay un llamativo desenfoque en las peticiones con las que se abre el expediente. Entre ellas, las alegaciones mediante las que pretende defenderse «[…] dibujan una responsabilidad penal colectiva, solidaria, compartida por un sujeto activo plural que respondería a la denominación de "los presos del *procès*"».

A juicio de la Sala, esa forma de concebir la responsabilidad criminal, en la que esta deja de ser la consecuencia del hecho propio y se difumina en una responsabilidad compartida, grupal y ligada por vínculos de coincidencia ideológica entorpece el razonamiento a la hora de exponer los motivos que justificarían su extinción y no permite entender ni justificar el efecto extintivo que es propio del indulto: dado que la responsabilidad criminal es siempre individual, individualizadas deben ser las razones mediante las que se justifique la extinción de la pena.

A partir de ahí, el Tribunal Supremo señala que, al unificar «[…] de forma contumaz el régimen y tratamiento de "los presos del *procès*"», la Administración penitenciaria ha entorpecido de forma notable el cumplimiento de los fines de la pena, «[…] alimentando la ficción de un sujeto colectivo que sería titular del derecho a la progresión en grado y, ahora, del derecho al indulto»[24].

«Tan equivocada y perturbadora forma de concebir la responsabilidad penal se ha hecho también presente en lo propios condenados […]»[25].

Nada de esto ha sido entendido por la mayor parte de los penados, «[…] que con su silencio privan a la Sala de la valoración de elementos decisivos para respaldar nuestro informe, y lo que es más importante, nos obliga a una interpretación flexible que no vea en esa falta un impedimento formal que sugiera el cierre del expediente»[26].

Solo dos de los condenados parecen responder: Santiago Vila, que interesa emisión de informe de la Sala, y Jordi Cuixart, que reitera que los hechos por los que ha sido condenado no son constitutivos de delito, sino la expresión del derecho de la libertad ideológica, de reunión y expresión, y que, atendiendo a su conciencia y su compromiso social, no hay ningún tipo arrepentimiento y que volvería hacer un llamamiento a la movilización ciudadana pacífica, democrática y permanente, dado que su prioridad «[…] como preso político no es salir de la cárcel, sino la resolución de un conflicto político por el que cumple condena, empezando por la amnistía como respuesta colectiva en lugar del indulto como solución individual»[27].

Si bien la Sala declara que abordar el debate sobre la constitucionalidad de la amnistía desborda los términos del propio informe, lo cierto es que entra a realizar valoraciones sobre «[…] el hecho de que tal preferencia prescinde de una enseñanza histórica que, evidencia que, en no pocos casos, han sido el medio hecho valer por regímenes dictatoriales para borrar gravísimos delitos contra las personas y sus derechos fundamentales».

A mi juicio, y aunque comparto la afirmación de la Sala (p. 4) sobre los regímenes dictatoriales, entrar a valorar las afirmaciones que han defendido algunos de los condenados en su libre ejercicio de libertad de expresión y la reiteración de sus posiciones ideológicas —entre ellas, la solicitud de la amnistía— cuando no ha restado un ápice de eficacia a un proceso penal en un Estado democrático de Derecho que ha conllevado la condena en firme por los delitos cometidos, constituye, no obstante, un exceso de valoración por parte de la Sala.

Personalmente, semejantes afirmaciones me causan sorpresa desde una perspectiva jurídica nacional y de Derecho comparado actualizado, no ya histórico. Me explico: si bien resulta innegable, como afirma la Sala, que muchas amnistías sirvieron para ocultar delitos y se disfrazaron en nuestra historia como leyes de punto final, no es menos cierto que no cabe equiparar ni confundir el tipo de los delitos amnistiados ni las leyes de amnistía, que, como expresión de la voluntad general en un Estado democrático de Derecho, son excepcionales en comparación con los procesos que tienen lugar en los regímenes dictatoriales.

Basta simplemente observar que, en el Derecho comparado, las constituciones de nuestro entorno no solo prevén el indulto, sino también leyes de amnistía. Recordemos, por ejemplo, que a través de un indulto aprobado por ley en 2006 (que exige 2/3 para su aprobación en cada Cámara)[28], en Italia se excarceló a cerca de 12.000 presos con el objetivo de descongestionar las cárceles del país transalpino. Se contemplaba la reducción de la pena de 3 años para ciertos delitos y se excluyeron delitos relacionados con el terrorismo, la criminalidad organizada, la corrupción de menores y la violencia o explotación sexual, entre otros[29]. El art. 87 de la Constitución italiana establece que el presidente de la República «Puede conceder indultos y conmutar penas». Por su parte, la Constitución Portuguesa atribuye al presidente de la República en el ejercicio de sus propios actos el indulto y la conmutación de las penas, previa audiencia del Gobierno (art.134), y entre las competencias políticas y legislativas de la Asamblea de la República figura la de «otorgar amnistías e indultos generales» (art. 161).

En esta línea, quisiera precisar que, aunque haya constituido históricamente una manifestación del derecho de gracia, la amnistía no está expresamente prevista en la CE. Sin embargo, la omisión constitucional expresa de la amnistía no implica necesariamente su inconstitucionalidad. Nuestro texto constitucional no la prohíbe. Cuestión muy diferente es que los supuestos tasados y los límites de la misma admitan un juicio favorable de constitucionalidad. En todo caso, las amnistías solo podrían articularse a través de leyes concretas aprobadas por las Cortes Generales.

Finalmente, y por lo que respecta a la Sala Segunda del TS, debe subrayarse que la misma ha realizado un Informe conjunto para los nueve condenados. Esto es, no ha realizado

un Informe individualizado, a pesar de que la situación de los condenados tampoco era idéntica. Pensemos, por ejemplo, el juicio que hace la Sala sobre las consideraciones realizadas por el Sr. Cuixart. A efectos de nuestro análisis, el Informe conjunto adquiere especial relevancia cuando la Sala hace suyos argumentos del Informe de la Fiscalía del TS referidos en exclusiva al Sr. Oriol Junqueras, cuya condición de vicepresidente de la Generalitat nada tiene que ver con la del Sr. Cuixart como presidente de Òmnium Cultural.

Precisamente, en íntima conexión con lo anterior y dada la limitación de espacio, seleccionaré uno de los argumentos que esgrime la Fiscalía para oponerse a la concesión del indulto y que encuentra el apoyo de la Sala Segunda, tal y como se refleja en su Informe[30]. A mi juicio, el más llamativo es el que aduce como obstáculo normativo que supone el art. 102 CE y que se hace del todo punto necesario reproducir: «1. La responsabilidad criminal del presidente y los demás miembros del Gobierno será exigible, en su caso, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. 2. Si la acusación fuere por traición o por cualquier delito contra la seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones, solo podrá ser planteada por iniciativa de la cuarta parte de los miembros del Congreso, y con la aprobación de la mayoría absoluta del mismo. 3. La prerrogativa real de gracia no será aplicable a ninguno de los supuestos del presente artículo».

Tras aclarar que, en el plano subjetivo, la referencia del 102 CE es al «presidente y demás miembros del Gobierno», ha de entenderse referida al Gobierno de España, sin que quepa una interpretación que, más allá de la literalidad, incluya también a los miembros del gobierno de una comunidad autónoma. Sin embargo, a juicio del Ministerio Público sí cabe afirmar que el espíritu de la ley legitima la inclusión de aquellas conductas —como es el caso— que han sido realizadas por todo el gobierno autonómico, es decir, por el presidente y todos sus consejeros, en una actuación que no se circunscribe a asuntos puramente autonómicos y que han consistido en un deliberado y planificado ataque al núcleo esencial del Estado democrático, representado por su Constitución, la soberanía nacional, la unidad territorial y el respeto a las leyes como principios vertebradores del Estado constitucional.

Así, siguiendo su deducción, que tiene como referencia los delitos contemplados en el art. 102.2 CE, concluye lo siguiente: «Aún cuando no pueda estimarse que el art. 102.3 CE no constituye una taxativa prohibición para conceder el indulto, en tanto que solo alcanza a los miembros del Gobierno central y no a los de un gobierno autonómico, sin embargo, la filosofía o espíritu de la ley que en el mismo se contiene, manifiestamente contraria a permitir la concesión de indultos a quien ostentando cargos de gobierno comete delitos contra la seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones, constituye un elemento interpretativo extraordinariamente importante para decidir el sentido desfavorable del informe respecto a la solicitud del indulto de todo el gobierno autonómico».

Esta analogía tiene difícil encaje constitucional. No solo por las razones jurídicas más obvias, sino porque resulta muy sesgado realizar esta analogía sin conectarla a los supuestos en los que se prohíbe aplicar la prerrogativa de gracia de los apartados mencionados en el art. 102, concretándose expresamente los delitos de traición y contra la seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones. Obviando la absoluta relevancia de que, precisamente, para esos concretos delitos, la Constitución exige de forma taxativa que «[…]

la acusación solo podrá ser planteada por iniciativa de la cuarta parte de los miembros del Congreso, y con la aprobación de la mayoría absoluta del mismo» (art. 102.2 CE)[31].

Llevando hasta sus últimas consecuencias los argumentos aducidos por la Fiscalía en su «interpretación analógica», la consecuencia no podría ser otra que esta: los consejeros autonómicos indultados deberían ser acusados por el Parlamento catalán por mayoría absoluta, conclusión que genera absoluta perplejidad.

Lo que no cabe aducir es el tipo de delitos no graciables de los miembros del Gobierno de la nación dejando al margen los supuestos y las condiciones expresas a los que alude la prohibición de la gracia que establece el propio art. 102 CE. Ello, obviando que justamente es el art. 102 CE el que coloca en clara posición constitucional al órgano al que formalmente corresponde la facultad de conceder o no el indulto: el Gobierno de la nación. ¿Por qué? Precisamente porque corresponde al Gobierno, en el ejercicio de sus funciones constitucionales, la facultad exclusiva de conceder o no la prerrogativa a través de un procedimiento estrictamente reglado y cuya decisión es de naturaleza absolutamente discrecional.

La Sala coincide con el Fiscal en la idea de que la finalidad del art. 102 CE no es otra que impedir medidas de autoindulto. Sin embargo, y aun constatando las dificultades para la analogía funcional que sugiere el Fiscal entre los espacios de actuación del Gobierno central y los gobiernos autonómicos, «[…] podría ser valoradas desde la singular perspectiva que ofrece el presente caso, en el que algunos de los que aspiran al beneficio del derecho de gracia son precisamente líderes políticos de los partidos que, hoy por hoy, garantizan la estabilidad del Gobierno llamado al ejercicio del derecho de gracia». A mi juicio, estas consideraciones van más allá de la valoración que compete a la Sala de lo Penal realizar y se adentran en las aguas pantanosas del establecimiento de un criterio político y no jurídico.

En fin, la analogía que realiza la Fiscalía del Supremo no tiene, a mi entender cabida en el marco constitucional, y aun genera la impresión de que trata a la Constitución como si fuera una simple ley.

4. SOBRE LA LEGALIDAD DE LOS INDULTOS

Una vez desgranados algunos de los aspectos jurídicos más relevantes que han rodeado la solicitud, el trámite y la concesión de los nueve indultos, conviene ahora abordar la cuestión de la legalidad de los mismos desde la perspectiva de las razones jurídicas y no desde el prisma de las motivaciones políticas o ideológicas. Los nueve indultos han sido impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativos por el Partido Popular, VOX y Ciudadanos y los recursos presentados han sido admitidos a trámite por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Debe puntualizarse que lo que se ha puesto en tela de juicio desde el primer momento es la propia legalidad de los indultos. En esencia, el argumento aducido por los recurrentes es el uso arbitrario del indulto que ha realizado el Gobierno al excepcionar la ejecución de

la pena impuesta por sentencia firme del TS sin contar con el juicio favorable del TS ni de la Fiscalía, excepción que no admite motivación plausible, dado que se aplica a personas condenadas por delitos graves de clara dimensión política como el de sedición, que contraviene los derechos fundamentales, los valores y los principios democráticos sobre los que descansa nuestra Constitución.

Hay que analizar si, en buena técnica jurídica, tales indultos cumplen los requisitos de legalidad, tarea para cuya comprensión es preciso diferenciar y examinar algunas cuestiones previas.

La primera de ellas es la obligación de diferenciar en términos jurídicos la responsabilidad política, a la que inexorablemente se halla sometido el Gobierno en el ejercicio de sus funciones, y el juicio de legalidad de los indultos que de forma individualizada, parcial, condicionada y motivada se han concedido a Dolors Bassa i Coll, Jordi Cuixart i Navarro, Carme Forcadell i Lluís, Joaquim Forn i Chiarello, Oriol Junqueras i Vies, Raül Romeva i Rueda, Josep Rull i Andreu, Jordi Sánchez i Picanyol y Jordi Turull i Negre.

La responsabilidad política a la que puede verse sometido el Gobierno por la concesión de los indultos se sustancia ante el Congreso y el Senado —y la exigencia de responsabilidad política que puede derivarse del control parlamentario del Gobierno ante el Congreso de los Diputados, que es el único legitimado con la correspondiente mayoría para otorgar o retirar la confianza al presidente del Gobierno (arts. 99, 113 y 114 CE)— y, a la postre, por el único soberano para juzgar sus propuestas, acciones u omisiones: los ciudadanos y ciudadanas mediante el ejercicio del derecho a voto en las elecciones.

De hecho, hemos asistido con extrañeza a ciertos virajes en el rumbo de las posiciones mantenidas por el Gobierno de la nación respecto de los indultos de las personas condenadas en el juicio del *procés*. El presidente del Gobierno —y algunos miembros del ejecutivo— se manifestó primero contrario a la concesión los indultos y luego los defendió, aprobándolos en el Consejo de Ministros.

Este cambio de parecer, las razones que lo han motivado y otros extremos serán objeto del juicio político de cada ciudadano, que evaluará de acuerdo con sus convicciones la decisión, primero desmentida y luego considerada políticamente oportuna, de conceder los indultos. Muy reprochable para unos y esperanzadora para otros, esta decisión corresponde al Consejo de Ministros y se inscribe en el núcleo duro de la función constitucional de dirección política atribuida al Gobierno. Cuestión distinta es que se comparta o no la apuesta y la ponderación política realizada por el Gobierno y que las expectativas depositadas en las vías de solución pacífica se hagan realidad. Los resultados se verán en el futuro y serán enjuiciados por la ciudadanía en las urnas.

Desde el punto de vista jurídico, no cabe confundir el juicio político que formal y materialmente merezca la concesión de los indultos por el Gobierno —incluidas su viabilidad y oportunidad políticas— y la legalidad de los mismos, ello incluso aunque la decisión afecte a la condonación condicionada de una parte de la pena de unos delitos de clara dimensión política que no ha contado con el informe favorable ni del tribunal sentenciador ni de la Fiscalía.

Procedamos a analizar en clave jurídica los Reales Decretos 456 a 464/2021, de 22 de junio. Esta tarea obliga a precisar por enésima vez que la decisión de conceder o no el indulto es una facultad exclusiva y discrecional —que no arbitraria— del Gobierno.

Tal facultad ha sido ejercida atendiendo a un procedimiento estrictamente reglado, como hemos constatado, que tiene como objetivo, entre otros, garantizar un juicio perfectamente formado del Consejo de Ministros para que este no adopte una decisión que no obedezca a razones de justicia, equidad y/o utilidad pública. La facultad exclusiva de concederlos «[…] es por su propia naturaleza irrevocable con arreglo a las cláusulas con que hubiere sido otorgado».

Como es de sobra conocido, los informes del tribunal sentenciador y del Ministerio Público son preceptivos, pero en modo alguno son vinculantes para el Gobierno. Frente al parecer desfavorable de la Sala Segunda del TS, el Gobierno ha concedido indultos parciales y no totales, ajustándose al mandato del art. 12 de la LI. Igualmente, ha atendido de forma individualizada a las condiciones concurrentes en cada caso. Buena prueba de ello es que ha condicionado la condonación pena privativa de libertad pendiente de cumplimiento al requisito de que los indultados no vuelvan a cometer delitos graves en plazos de duración variable, a pesar de que la Sala Segunda del TS condenara a varios de ellos a penas de prisión e inhabilitación idénticas.

A mi juicio, como ya he sostenido, los indultos se han concedido en la forma y con las limitaciones materiales y formales establecidas en la ley. Desde luego, parece claro que la concesión no se ha basado en razones de justicia o de equidad, sino únicamente en razones de utilidad pública. Esta justificación no solo ha quedado plasmada en cada uno de los Reales Decretos —que deberá quedar reflejado en los expedientes individuales: además, el presidente del Gobierno tuvo ocasión de exponerla públicamente tras el Consejo de Ministros en el que fueron concedidos y en la comparecencia solicitada por él mismo ante el Pleno del Congreso de los Diputados el día 30 de junio de 2021[32].

Este acto de naturaleza discrecional ha sido entendido por la oposición parlamentaria y parte de la sociedad como un acto de carácter arbitrario, vinculándolo con las motivaciones políticas esgrimidas por el Gobierno.

Y he aquí uno de los grandes nudos gordianos que determina que ese acto discrecional del Gobierno no sea un acto arbitrario —prohibido por el art. 9.3 CE—, que en estos supuestos concretos se halla en íntima conexión con el hecho de que se haya indultado a cada uno de los condenados de la pena privativa de libertad pendiente de cumplimiento a condición de que no vuelvan a cometer delitos graves en un plazo cuya extensión, como acaba de decirse, varía según los condenados a pesar de que existan idénticos plazos en la duración de la condena (véase, por ejemplo, los que afectan a Jordi Turull, Dolor Bassa y Raul Romeva). No es ocioso reiterar, por cierto, que a los indultados no se les ha eximido del cumplimiento de la condena de inhabilitación especial para el ejercicio de cargo público.

Es en la motivación donde se hallan los mayores escollos jurídicos, aunque inmediatamente debemos precisar, como ha señalado recientemente la sección quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, que, por lo que respecta al control jurisdiccio-

nal de los mismos —en lo que constituye una muy asentada jurisprudencia del TS[33]—, solo corresponde el de los elementos reglados del procedimiento para solicitar y conceder la gracia. Como subraya la STS del 26 de octubre de 2020 (Sala Tercera RES:1398/2020 REC:339/2019, (Tol 8181617), «[…] no se trata de una fiscalización *in integrum* de la decisión adoptada en vía administrativa que no tenga límites, porque esa posibilidad sería contraria a la propia normativa del derecho de gracia en la Constitución […]. Y es que la decisión graciable que el indulto comporta, que es contrario a la efectividad de la condena impuesta por los Tribunales, no está sujeta a mandato legal taxativo "siendo de plena disposición para el Gobierno", que no puede ser cuestionado en vía jurisdiccional en cuanto a la decisión esencial del mencionado derecho; esto es, sobre la procedencia o no de conceder el derecho o incluso el alcance con que el mismo se concede por el Gobierno».

Volviendo a la motivación, debo insistir en que, a pesar de que el indulto particular —total o parcial, atendiendo a lo que dispone la ley— sea un instituto de rancia tradición jurídica necesitado de actualización legislativa, en nuestro Estado constitucional cumple una serie de funciones que deben resultar acordes con sus valores y principios fundamentales. Esa es la razón por la que, aunque su uso sea excepcional, no ha sido suprimido como medida de excepción a la ejecución de las sentencias, como tampoco ha sucedido en otros ordenamientos de nuestro entorno.

Ya nos hemos referido a la función constitucional del indulto en su versión de instrumento de corrección del sistema penal sustantivo y procesal que atiende a razones de justicia y equidad. Sin embargo, también puede cumplir una función constitucional ligada a aspectos tradicionales del derecho de gracia que, debidamente motivados, pueden resultar compatibles en un Estado social y democrático de Derecho[34]. Esa compatibilidad, sin duda, puede ser la de contribuir en situaciones excepcionales a la pacificación social.

A mi juicio, precisamente en estos supuestos corresponde al Gobierno adoptar una decisión final en el marco de una valoración de política general y de la defensa del interés general que debe encontrar pleno anclaje en los principios y valores constitucionales —siempre, eso sí, a la vista del expediente individualizado, atendiendo a las circunstancias concretas y a los informes que preceptivamente deben obrar en los expedientes—.

En efecto, no cabe ignorar que esta función de utilidad pública atribuida al indulto, orientada a la defensa de las reglas del juego democráticas y del orden constitucional, puede servir en un momento excepcional para garantizar la convivencia democrática al coadyuvar a la consecución de la paz social.

Considero, en fin, que los indultos decretados —parciales, condicionados a que no se vuelvan a cometer delitos graves en un plazo que varía según los condenados y fundados no en la justicia o la equidad sino en razones de utilidad pública para el restablecimiento de la convivencia y la concordia en la sociedad catalana en particular y en la española en general— encuentran acomodo en nuestro ordenamiento.

5. CONCLUSIONES

No podemos descontextualizar los indultos concedidos de la realidad sociológica que ha determinado su concesión como mecanismo de uso excepcional cuya competencia es exclusiva del Gobierno. Desde esta perspectiva, y atendiendo a los datos que debe suministrar el Ministerio de Justicia en virtud de la exigencia introducida en la LI en la reforma de 2015, se observa la ínfima cantidad de indultos concedidos, incluidos aquellos que ha solicitado el tribunal sentenciador y el Ministerio Fiscal. En estos últimos 5 años, de los 19.592 expedientes resueltos solo se han concedido 137 indultos. Es decir, un 0,70 % de los solicitados.

En términos generales, los indultos se han concedido atendiendo a razones individuales y de ellos se han beneficiado los autores de delitos castigados penas de privación de libertad de corta duración, por lo que, en cierto modo, podemos concluir que responden a razones de justicia y de equidad. Las cifras muestran de manera contundente que la gran mayoría de esos 137 indultos han contado con los informes favorables tanto del tribunal sentenciador como del Ministerio Fiscal, si bien alguno ha recabado informe favorable únicamente de uno de estos órganos.

Las cifras también ponen de relieve que, aunque hayan sido informados favorablemente por el tribunal sentenciador y el Ministerio Fiscal, muchos indultos no se han concedido. Hay motivos de política criminal que avalan esta opción del Gobierno. Por ejemplo, la decisión de que, en el caso de determinados delitos —por ejemplo, el de agresión sexual— la pena debe ser cumplida íntegramente.

No ha sido este el contexto jurídico (justicia, equidad) ni de política criminal de los indultos concedidos a los nueve de los condenados en el juicio del *procés*.

Sin embargo, y aunque se trate de confundir el juicio político que formal y materialmente pueda suscitar su concesión en ciertos sectores de la sociedad por una parte de los partidos políticos con representación parlamentaria, lo cierto es que los Reales Decretos 456 a 464/2021 de 22 de junio se ajustan a la legalidad —es decir, a la LI— y a la Constitución, incluso aunque los indultados no se hayan arrepentido.

Las motivaciones del Gobierno —que han cumplido con las exigencias impuestas por la LI en un procedimiento estrictamente reglado— se han expresado en un acto discrecional y no arbitrario fundado en motivos de utilidad pública y al margen incluso de lo que consideren o expresen los indultados. Porque el indulto puede cumplir, como a mi juicio es el caso, una función de utilidad pública de defensa de las reglas del juego democrático y del orden constitucional y, en coyunturas concretas, puede servir para garantizar la convivencia democrática coadyuvando a la consecución de la paz social, finalidades, todas ellas, vinculadas a la defensa del interés general.

Es el Gobierno el que, cumpliendo su función constitucional, tiene las claves para evaluar la viabilidad del indulto, que no es competencia ni del TS ni de la Fiscalía, sino solo y exclusivamente del ejecutivo. Por ello, resultan preocupantes algunos juicios vertidos por la Sala Segunda del TS que entran, en ocasiones a hurtadillas, en una valoración política que, a mi juicio, solo corresponde al Gobierno.

La motivación del ejecutivo gustará más o menos, pero forma parte de su ámbito de ponderación política y está intrínsecamente relacionada con su función constitucional de dirección política (art. 97 CE). Se trata, en definitiva, de una decisión final no arbitraria por motivada, sujeta al control político parlamentario, evaluada, entre otros criterios, por su oportunidad y eficacia por los ciudadanos en las urnas y sometida a control jurisdiccional en sus aspectos procedimentales reglados.

Cuestión distinta es que en el futuro el legislador decida acotar el margen de acción del Gobierno en muchos aspectos a los que nos hemos referido y en otros que no hemos abordado.

A mi juicio, la prerrogativa de gracia ejercida por el ejecutivo, en su única versión posible, el indulto particular, constituye un instituto siempre revestido de cierta polémica social, política y jurídica, y necesitado, por tanto, de una profunda revisión teórico-jurídica que permita cohonestar de forma clara y transparente su ejercicio por parte del Gobierno con los principios y valores constitucionales una vez transcurridos más de 42 años de democracia.

El legislador debe abordar sin ambages una reforma en profundidad de la LI para clarificar las condiciones del uso de un instrumento excepcional, híbrido y muy efectivo en determinados supuestos y ocasiones, para despojarlo de esa apariencia de arbitrariedad oscurantista que, a veces con razón, se le atribuye y para evitar que, como ha ocurrido en los supuestos analizados, contribuya a que la división de las fuerzas políticas aliente la generación de alarma social y la fractura de la convivencia en un universo político como el de nuestro país, tendencialmente alérgico a los grandes consensos de Estado.

NOTAS

1. Si bien se han manifestado críticas en sentido abolicionista de la institución, especialmente para los delitos políticos. En este sentido, *vid.* Santana Vega (2016: 51-91).

2. Además, en el supuesto de mediar petición de indulto y si el juez o tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada. Incluso podrá decidir suspender la ejecución de la pena mientras no se resuelva sobre el indulto cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad de este pudiera resultar ilusoria (art. 4.4 CP).

3. Tampoco debe perderse de vista que hay una sólida jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional sobre los indultos particulares, ya sean totales o parciales.

4. *Vid.* STS 459/2019, de 14 de octubre. Asmismo, remitimos al número monográfico de la *Revista Teoría & Derecho.* Revista de pensamiento jurídico, 26, 2019, dedicada a abordar las cuestiones de derecho penal, derecho procesal penal y perspectiva europea de la citada sentencia.

5. [En línea] <https://www.rtve.es/noticias/20210624/recurso-indultos-presos-proces-supremo/2110240.shtml>.

6. *Ibídem*.

7. [En línea] <https://www.europapress.es/nacional/noticia-casado-anuncia-recurso-contra-indultos-cinco-miembros-pp-perjudicados-violentos-20210716113355.html.>.

8. Expediente de indulto nº 2bis/1934 del procesado Enrique Pérez Farrás, comandante de artillería, y otros relativo a la pena de muerte dictada por sentencia del Consejo de Guerra en la causa nº 82/1934 de la 4º División Orgánica de la Plaza de Barcelona, por el delito de rebelión militar durante el mes de octubre de 1934 [en línea] <http://pares.mcu.es/ParesBusquedas20/catalogo/description/7183064>.

9. Alcalá Zamora (1981: 225, nota al pie).

10. Aunque, probablemente, como subrayara Tomás Villarroya, Alcalá Zamora quebrantara el art. 102 de la CE 1931 imponiendo al Gobierno un criterio distinto del sustentado por este apropiándose, de una iniciativa que solo al Gobierno correspondía (Tomás VIllarroya, 1983: 97).

11. Respecto del tipo de delitos siete eran contra el Patrimonio (uno de robo, 4cuatro de hurto, un delito societario y otro por insolvencia punible), uno contra el Orden Público (Resistencia y dos faltas de lesiones), uno contra la integridad física (lesiones) y otro era un delito de falsedades (Falsedad en documento público.

12. Informe de Indultos. Año 2020: primer semestre [en línea] <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/DocumentacionPublicaciones/Documents/2020%201%20SEM%20INFORME%20INDULTOS.pdf>.

13. Diez delitos de patrimonio, tres delitos contra el medio ambiente y ordenación del territorio, tres englobados en otros, uno contra la salud pública y uno de falsedades.

14.[En línea] <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/DocumentacionPublicaciones/Documents/2020%202%20SEM%20INFORME%20INDULTOS.pdf>.

15. García Mahamut (2004).

16. «Además de las facultades necesarias para la ejecución de las leyes corresponde al rey: […] 6.º Indultar a los delincuentes con arreglo a las leyes, salvo lo dispuesto relativamente a los ministros» (art. 73.6 CE de 1869).

17. García Mahamut (2004: 47-48)

18. Alcalá Zamora (1981: 312).

19. Para una visión general, remitimos a Aguado Renedo (2001).

20. Tras la reforma de 2015, como hemos adelantado, tenemos datos que se publican semestralmente sobre el número de solicitudes, concesiones, denegaciones, tipos de delitos indultados, análisis por género y situación de los informes preceptivos, aunque no vinculantes del tribunal sentenciador, si es favorable o desfavorable, así como sobre el pronunciamiento del fiscal.

21. Ley de 18 de junio de 1870 por la que se establecen las reglas para el ejercicio de la gracia de indulto. Gaceta núm. 175, de 24 de junio de 1870. Modificada por la Ley 1/1988, de 14 de enero.

22. Así, por ejemplo, la solicitud de la expresidenta del Parlamento Catalán Carmen Forcadell fue avalada por la presidenta del Parlamento de Cataluña y dos expresidentes del Parlamento de Cataluña, frente por ejemplo, a la de Jordi Turull que fue presentada por parte de la fundación FUNDESPLAI.

23. [En línea] <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-se-opone-a-la-concesion-del-indulto-a-los-doce-condenados-en-la-causa-del--proces->.

24. Informe de Indulto de la sala Penal de TS (Causa especial 3/209007/2017), FJ 2: 7.

25. *Ibídem*, FJ 3: 7.

26. *Ibídem*.

27. *Ibídem*, FJ 3: 8

28. *Vid.* la ley de 31 de julio de 2006, n. 241, de concesiones de indultos [en línea] <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2006/07/31/176/sg/pdf>. Recuérdese que el art. 79 de la Constitución italiana establece: «La amnistía y el indulto serán otorgados por ley aprobada por una mayoría de dos tercios de los miembros de cada Cámara, en cada uno de sus artículos y en la votación final. La ley por la que se conceda la amnistía o el indulto establecerá el plazo de aplicación de los mismos. La amnistía y el indulto no podrán aplicarse nunca a los delitos cometidos después de la presentación del proyecto de ley».

29. [En línea] <https://www.elmundo.es/elmundo/2006/07/29/internacional/1154199315.html uropapress.es/internacional/noticia-italia-congreso-italiano-aprueba-indulto-rebajar-anos-penas-presos-20060727161821.html>. Véase la ley de 31 de julio de 2006, n. 241, de concesiones de indultos (*supra* nota previa).

30. Informe de Indulto de la sala Penal de TS (Causa especial 3/209007/2017), FJ 8: 17-18.

31. Sobre estas cuestiones, remito a García Mahamut (2000) y a Díez-Picazo (1996).

32. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente, n. 116, 30 de junio de 2021: 4-6.

33. El contrapunto lo constituye la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS de 20 de noviembre de 2013. Para no extendernos sobre el particular, remitimos a Serrano Maíllo (2014: 609-624).

34. Es más, a juicio de Díez Picazo, en el voto particular a la STS de 20 de noviembre de 2013 recuerda que el derecho de gracia también puede cumplir una importante función en aquellos otros casos en que, sin que medien serias razones de equidad o de justicia material, otras consideraciones de interés general aconsejen la clemencia. Por ejemplo, la necesidad de asegurarse la colaboración de confidentes en organizaciones criminales o de suavizar conflictos en las relaciones internacionales.

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO RENEDO César (2001): *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia,* Madrid: Civitas.
ALCALÁ ZAMORA, Niceto (1981): *Los defectos de la Constitución de 1931 y tres años de experiencia constitucional,* Madrid: Civitas.
DIEZ-PICAZO, Luis María (1996): *La criminalidad de los gobernantes,* Barcelona: Grijalbo Mondadori.
GARCÍA MAHAMUT, Rosario (2004): *El indulto. Un análisis jurídico-constitucional,* Madrid: Marcial Pons.
– (2000): *La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno en la Constitución,* Madrid: Tecnos.
SANTANA VEGA, Dulce María (2016): «Desmontando el indulto (especial referencia a los delitos de corrupción», *Revista Española de Derecho Constitucional,* 108, 51-91.
SERRANO MAÍLLO, María Isabel (2014): «¿Debe exigirse motivación a los acuerdos de concesión de indultos? Comentario a la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 20/11/2013», *Teoría y Realidad Constitucional,* 34, 609-624.
TOMÁS VILLARROYA, Joaquín (1983): «Presidente de la República y Gobierno: sus relaciones», *Revista de estudios políticos*, 32-32, 71-100.

Fecha de recepción: 30 de junio de 2021.
Fecha de aceptación: 16 de agosto de 2021.