

# teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

NÚMERO ESPECIAL. AGOSTO 30/2021  
[teoriayderecho.tirant.com](http://teoriayderecho.tirant.com)

## CONSEJO EDITORIAL:

**María José Añón Roig**

*Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia (España) (Coordinadora)*

**María Luisa Cuerda**

*Catedrática de Derecho Penal. Universidad Jaume I (España)*

**Fernando Flores Giménez**

*Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Valencia (España)*

**Ángel M. López y López**

*Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla (España)*

**Tomás S. Vives Antón**

*Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia (España) (Director)*

## COMITÉ CIENTÍFICO:

**Ana Cañizares Laso**

*Catedrática de Derecho Civil  
de la Universidad de Málaga (España)*

**Jorge A. Cerdio Herrán**

*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho  
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

**José Ramón Cossío Díaz**

*Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia  
de la Nación y miembro de El Colegio Nacional (México)*

**Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot**

*Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos  
Investigador del Instituto de Investigaciones  
Jurídicas de la UNAM*

**Owen Fiss**

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la  
Universidad de Yale (EEUU)*

**José Antonio García-Cruces González**

*Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED (España)*

**Luis López Guerra**

*Catedrático de Derecho Constitucional de la  
Universidad Carlos III de Madrid (España)*

**Marta Lorente Sariñena**

*Catedrática de Historia del Derecho de la  
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

**Javier de Lucas Martín**

*Catedrático de Filosofía del Derecho y  
Filosofía Política de la Universidad de Valencia (España)*

**Víctor Moreno Catena**

*Catedrático de Derecho Procesal de la  
Universidad Carlos III de Madrid (España)*

**Francisco Muñoz Conde**

*Catedrático de Derecho Penal de la  
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (España)*

**Angelika Nußberger**

*Catedrática de Derecho Constitucional e Internacional de la  
Universidad de Colonia (Alemania)*

*Miembro de la Comisión de Venecia*

**Héctor Olasolo Alonso**

*Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario  
(Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya  
(Holanda)*

**Luciano Parejo Alfonso**

*Catedrático de Derecho Administrativo de la  
Universidad Carlos III de Madrid (España)*

**Tomás Sala Franco**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la  
Seguridad Social de la Universidad de Valencia (España)*

**Ignacio Sancho Gargallo**

*Magistrado de la Sala Primera (Civil)  
del Tribunal Supremo de España*

**Ruth Zimmerling**

*Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz  
(Alemania)*

Han formado parte del Comité Científico: Gregorio Peces-Barba  
Martínez; Rosario Valpuesta Fernández y Emilio Beltrán

Asistente a la dirección: Víctor Merino Sancho

Corrector ortotipográfico y de estilo: Pablo Miravet Bergón

PVP número suelto: 89 euros (IVA incluido)

PVP suscripción anual (2 números): 169 euros (IVA incluido)

Redacción, Administración y Suscripción

Artes Gráficas, 14, 46010 Valencia Tel.: (+34) 963610048 Fax: (+34) 963694151

E-mail: [teoria.derecho@uv.es](mailto:teoria.derecho@uv.es); [teoria@tirant.com](mailto:teoria@tirant.com). Sitios web: <http://teoriayderecho.tirant.com>

Correspondencia: C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

Edita: Tirant lo Blanch

C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

© Tirant lo Blanch

Telfs.: 96/361 00 48 - 50

Fax: 96/369 41 51

Mail: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)

<http://www.tirant.com>

ISSN (impreso): 1888-3443

ISSN (online): 2695-6594

Depósito legal: V - 2840 - 2007

Imprime: Guada Impresores, S.L.

Maqueta: Tink Factoría de Color



# SUMARIO

## DEBATE

### Los indultos del *procés*

El indulto: una institución histórica e históricamente cuestionada.....	10
<i>José L. González Cussac</i>	
Algunas reflexiones sobre la regulación del indulto al hilo del caso del <i>procés</i> .....	24
<i>Julio Banacloche Palao</i>	
Los indultos: el derecho de gracia y la política española .....	44
<i>Gonzalo Quintero Olivares</i>	
El indulto: un cuerpo extraño en el sistema procesal.....	66
<i>Jordi Nieva Fenoll</i>	
Una lectura constitucionalmente adecuada de los nueve indultos concedidos a los condenados en el juicio del <i>procés</i> .....	80
<i>Rosario García Mahamut</i>	
La facultad de indulto y su ejercicio. Algunas consideraciones sobre los indultos a los condenados a prisión por la STS 459/2019 .....	102
<i>Enoch Albertí</i>	
Los indultos —a juicio— ante la Sala Tercera del Supremo .....	124
<i>Matilde Carlón Ruiz</i>	

# SUMMARY

## DEBATE

### Pardons of the *procés*

Pardon: a historical institution, and historically contested .....	10
<i>José L. González Cussac</i>	
Some reflections on the Spanish regulation of the pardon with regard to the case of the <i>procés</i> .....	24
<i>Julio Banacloche Palao</i>	
Pardons: the right to pardon and the Spanish politics .....	44
<i>Gonzalo Quintero Olivares</i>	
Pardon: a foreign body in the procedural system.....	66
<i>Jordi Nieva Fenoll</i>	
A constitutionally adequate reading of the nine pardons granted to those convicted in the trial of the <i>procés</i> .....	80
<i>Rosario García Mahamut</i>	
The faculty of pardon and its exercise. Some considerations about the pardons to those condemned to prison by STS 459/2019.....	102
<i>Enoch Albertí</i>	
Pardons—in trial— before the third courtroom of the supreme court .....	124
<i>Matilde Carlón Ruiz</i>	



# DEBATE

## Los indultos del *procés*

El indulto: una institución histórica, e históricamente cuestionada.

*José Luis González Cussac*

Algunas reflexiones sobre la regulación del indulto al hilo del caso del *procés*

*Julio Banacloche Palao*

Los indultos: el derecho de gracia y la política española

*Gonzalo Quintero Olivares*

El indulto: un cuerpo extraño en el sistema procesal

*Jordi Nieva Fenoll*

Una lectura constitucionalmente adecuada de los nueve indultos concedidos a los condenados en el juicio del *procés*

*Rosario García Mahamut*

La facultad de indulto y su ejercicio. algunas consideraciones sobre los indultos a los condenados a prisión por la STS 459/2019

*Enoch Alberti*

Los indultos —a juicio— ante la Sala Tercera del Supremo

*Matilde Carlón Ruiz*

EL INDULTO: UNA INSTITUCIÓN HISTÓRICA E HISTÓRICAMENTE CUESTIONADA  
*PARDON: A HISTORICAL INSTITUTION, AND HISTORICALLY CONTESTED*

*José L. González Cussac*

*Catedrático de Derecho penal  
Universidad de Valencia*

RESUMEN

En el texto se exponen brevemente los principales aspectos que rodean a la institución del indulto, comenzando por su anclaje entre el Derecho y la política, donde se muestran unos lazos intensos y profundos nacidos de su misma naturaleza. También se aborda su origen histórico, desde el que proyecta numerosos prejuicios hasta la actualidad. A continuación, se examinan los requisitos básicos de la vetusta regulación positiva española. Finalmente, tras analizar los concretos indultos objeto de este Número, se examinan los rasgos de las reformas planteadas recientemente. Las principales conclusiones recuerdan su condición de híbrido jurídico y político, a la vez que subrayan su mantenimiento en los sistemas de Derecho comparado.

PALABRAS CLAVE

Indulto, derecho de gracia, clemencia, extinción de la pena, Derecho y política.

ABSTRACT

This article briefly outlines the main aspects surrounding the institution of pardon. Beginning with its anchorage between Law and politics, where intense and profound ties born from its very nature are shown. It also deals with its historical origins, from which it raises numerous prejudices up to the present day. Next, the basic requirements of the old Spanish positive regulation are examined. Finally, after analysing the specific pardons which are the subject of this issue, we examine the features of the recently proposed reforms. The main conclusions recall its status as a legal and political hybrid, while underlining its maintenance in comparative law systems.

KEYWORDS

Pardon, right to pardon, mercy, extinction of punishment, law and politics.

DOI: [doi.org/10.36151/td.2021.012](https://doi.org/10.36151/td.2021.012)

# EL INDULTO: UNA INSTITUCIÓN HISTÓRICA E HISTÓRICAMENTE CUESTIONADA

José L. González Cussac

Catedrático de Derecho penal  
Universidad de Valencia

**Sumario:** 1. De nuevo entre el Derecho y la Política. 2. Origen y evolución del derecho de gracia. 3. El indulto en el ordenamiento positivo español. 4. Los indultos publicados en el BOE de 23 de junio de 2021. 5. La reforma del indulto 6. Conclusión. Notas. Bibliografía.

## 1. DE NUEVO DERECHO Y POLÍTICA

El Consejo de Ministros aprobó el pasado día 22 de junio nueve indultos parciales y condicionados. Los respectivos Reales Decretos fueron publicados en el BOE de 23 de junio de 2021. Se trata de una decisión extraordinariamente compleja y altamente controvertida que claramente, se encuadra en la definición jurídica de «caso difícil», ello no solo porque hipotéticamente admita diversas interpretaciones jurídicas, sino también porque provoca una intensa controversia en la opinión pública, ámbito en el que intervienen tanto los expertos en Derecho como cualquier ciudadano, con independencia de su formación y experiencia en la materia.

Cabe advertir que, en este tipo de asuntos, es decir, en los «casos difíciles», resulta improbable crear una nueva doctrina general sobre determinada materia. Parece claro que no son los momentos ni las circunstancias idóneas para proponer nuevas soluciones exegéticas, pero que, por el contrario, sí contribuyen decididamente a crear un clima de intenso debate. Justamente este es el principal objetivo de este monográfico: generar un debate amplio, plural y experto sobre la institución del indulto y su aplicación en el presente asunto.

En las líneas que siguen no voy a entrar a realizar ninguna valoración política ni jurídica sobre los expedientes aquí tratados. Esta función corresponde a los especialistas participantes en este número. Mi cometido se ceñirá exclusivamente, pues, a emplazar en el debate algunas de las principales cuestiones involucradas en el controvertido derecho de gracia.

Ciertamente, todas las categorías del Derecho penal, los problemas que aborda y las soluciones que prevé para los mismos se caracterizan por su profunda complejidad y siempre constituyen objeto de intensos debates. En el caso del indulto, el grado de complejidad de la discusión alcanza un nivel particularmente elevado, y no es exagerado afirmar que la institución que aquí es objeto de análisis ocupa uno de los lugares más destacadas en la nómina de materias jurídico-penales intensamente controvertidas.

Ello es así porque el indulto se entrecruzan de nuevo el Derecho y la política y lo hacen con una fuerza y singularidad intensas. Precisamente, en un número anterior en esta misma revista, y precisamente al escribir mi contribución al monográfico sobre la STS de 14 de octubre de 2019 —es decir, la sentencia que condenó a los enjuiciados en el comúnmente denominado *caso del procés*—, ya me ocupé de esta cuestión. Baste aquí recordar que, en mi opinión, la controversia discurre en una doble perspectiva. La primera, la que analiza la influencia y la relación entre política y Derecho. La segunda, la que examina el enjuiciamiento por el Derecho penal del ejercicio de la política. Sobre tratamiento de ambas cuestiones, me remito al citado trabajo<sup>1</sup>.

Considero, en todo caso, que esta relación es todavía más evidente en el indulto. En realidad, el debate gira precisamente en torno a la cuestión de si conviene preservar su naturaleza de «prerrogativa de gracia», esto es, su naturaleza de acto político y, por ello, sometido a un control judicial débil y meramente formal. Si, por tanto, el indulto conserva al menos un área de naturaleza estrictamente política, su aplicación debe gozar de una discrecionalidad muy amplia que linda con el régimen de una legalidad *iure et de iure*.

La vía opuesta pasa por someter cualquier decisión a un control judicial más intenso y extenso que atribuya a los jueces no solo el poder de valorar el cumplimiento de los trámites procedimentales, la existencia y suficiencia de motivación y la vigilancia de las decisiones arbitrarias, sino también la capacidad de escrutar las razones de fondo esgrimidas por el ejecutivo. Esta idea se extendería incluso a la valoración de las decisiones motivadas por razones políticas. Pero entonces, o bien se admite que el poder judicial «también» posee competencias políticas, o bien la alternativa es vetar cualquier indulto no sostenido en fundamentos estrictamente jurídicos.

Seguramente, la solución más sensata pasa por la búsqueda de un equilibrio entre ambas alternativas que garantice el derecho a la legalidad penal, el derecho a la tutela judicial efectiva y la interdicción de la arbitrariedad, pero también la prohibición de supervisión política en manos del poder judicial. Aquí, pues, se diría que surge un dilema: el mantenimiento del indulto parece conllevar, o al menos admitir, la pervivencia de un espacio de alta discrecionalidad del poder ejecutivo, aunque lo sea con un carácter muy excepcional, esto es, la capacidad de tomar decisiones políticas no sujetas, en el fondo, a control judicial, y que, por tanto, únicamente quedan sometidas a una comprobación política relativa a su eficacia y eficiencia.

## 2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE GRACIA

Históricamente, el indulto aparece, junto con la amnistía, como una manifestación del «derecho de gracia». Así considerado, se inscribía dentro de las atribuciones absolutas del soberano, que concentraba todos los poderes, entre ellos la totalidad del *ius puniendi*. Justamente este origen enturbia su entendimiento actual.

En efecto, por una parte, se tiende a seguir concibiéndolo como un «derecho» absoluto e ilimitado, esto es, como una suerte de privilegio del soberano, que lo ejerce sin ningún control ni motivación. Por otra parte, su origen en un soberano absoluto pugna con nuestro modelo de separación de poderes. A esta colisión se suma su atribución al poder ejecutivo, de modo que aparece también como una suerte de invasión de atribuciones que pugna con el monopolio de las facultades jurisdiccionales, cuyo único titular es el poder judicial.

Ahora bien, en la actualidad ninguna de estas dos críticas supera el rango de meros prejuicios originados en el pasado<sup>2</sup>. En efecto, en el presente el soberano no está encarnado en una sola persona física por designio divino, sino que reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado (art. 1.2 CE). Además, nuestro modelo constitucional establece una nítida separación de poderes frente a la pretérita monarquía absoluta. Por último normativamente no es posible establecer una equivalencia entre Justicia y poder judicial. Ciertamente, el Derecho penal es una potestad exclusivamente pública, esto es, atribuida al Estado, pero en ningún modo está exclusivamente a los jueces, dado que es obvio que tanto el poder legislativo como el poder ejecutivo poseen competencias en la materia<sup>3</sup>. Ahora bien, la singularidad del indulto reside en la competencia del Gobierno para operar una causa de extinción de la pena después de una sentencia judicial firme. Por consiguiente, el indulto deja sin efecto una resolución jurisdiccional, pero no puede decirse que invada competencias de «la Justicia», sencillamente porque la Administración de Justicia compete a los tres poderes del Estado.

En cualquier caso, todas las manifestaciones del «derecho de gracia» siempre ha comportado la renuncia del Estado a castigar por razones de conveniencia política. Se trata de situaciones o de circunstancias objetivas (delito) o subjetivas (delincuente), que, nacidas con posterioridad a la comisión del delito, aconsejan y permiten condonar total o parcialmente la pena impuesta. Comporta, pues, la constatación de una sobrevenida ausencia de razones de prevención general y especial que, en el caso concreto e individual, muestren la inutilidad o incluso la contraindicación de la pena<sup>4</sup>.

La doctrina es unánime cuando considera imposible un modelo legal tan perfecto y acabado que contenga todas las posibles vicisitudes que el futuro depara. Visto desde esta perspectiva, el indulto vendría a ser una suerte de último mecanismo para corregir las disfunciones axiológicas que ningún sistema legal puede anticipar.

Por consiguiente, desde el punto de vista político-criminal, el «derecho de gracia» se ha utilizado como medio para conseguir la rehabilitación del condenado, impedir los efectos criminógenos o antisociales del cumplimiento punitivo, corregir errores o retrasos judiciales (*dilaciones indebidas*), o simplemente templar el excesivo rigor de las penas legalmente impuestas. Es decir, se ha inspirado en razones de *justicia y equidad*, o si se prefiere, en consideraciones de proporcionalidad, necesidad y prevención especial. Pero también, como he

advertido más arriba, en la práctica ha seguido anclado —por su propia naturaleza— en una zona de penumbra, al permitir tradicionalmente su aplicación por simples razones coyunturales o para encubrir la tan manida «razón de Estado». Así pues, también el indulto se ha usado, muchas veces de modo preponderante, por consideraciones estrictamente políticas<sup>5</sup>.

Al utilizar la expresión «estrictamente políticas» deseo subrayar que su motivación, fundamento y finalidad no descansa ni en razones de prevención general ni de prevención especial, o, desde otra perspectiva, tampoco se anuda al principio constitucional de proporcionalidad o prohibición de exceso. Insisto: en estos supuestos su fundamento se residencia en consideraciones sustentadas exclusivamente en la «lógica política».

Tradicionalmente, el *derecho de gracia* se manifiesta en la amnistía y en el indulto, que puede ser «general» y «particular». Desde siempre, la doctrina se ha mostrado especialmente crítica con la amnistía y con el indulto general, dado que son consideradas instituciones que suponen una quiebra del principio de legalidad criminal y penal<sup>6</sup>.

Pero las críticas y dudas se extienden a todas las manifestaciones del «derecho de gracia». Desde las teorías absolutas de la pena se aboga por su completa desaparición. Otro sector de la dogmática penal lo considera una reliquia de las monarquías absolutas incompatible con la separación de poderes y el Estado de Derecho. Y un amplio sector doctrinal expresa sus dudas y su censura desde el examen de la *praxis*, donde abundan decisiones arbitrarias.

En el caso español, las prácticas arbitrarias están excelentemente detalladas en varios trabajos recientes que muestran las siguientes evidencias: en primer término, la carencia o insuficiencia de la motivación de los indultos evidencia un amplio abanico del ejercicio arbitrario del ejecutivo a la hora de conceder la prerrogativa de gracia en demasiadas ocasiones. Del mismo modo, resulta bochornoso comprobar el uso generoso, muy por encima de la media en relación en todas las demás constelaciones delictivas, para indultar delitos vinculados al amplio concepto de corrupción, estadística que solo se explica por un pérfido compadreo corporativista<sup>7</sup>.

Sin embargo, a pesar de todas las anteriores críticas y sombras, lo cierto es que el indulto subsiste en todos los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Es decir, el indulto continúa vigente y es aplicado con normalidad en los sistemas de Estados democráticos de Derecho<sup>8</sup>. Y este dato, como expone Pedreira González, constituye un potente argumento a favor de su mantenimiento. Naturalmente, no cabe cualquier régimen del indulto y menos determinadas *praxis*<sup>9</sup>. Por tanto, la cuestión no es tanto indulto sí o no, sino cómo se define legislativamente y cómo se aplica en la práctica: el horizonte deseable es un indulto regulado y aplicado conforme a parámetros propios de un modelo de Estado democrático de Derecho y con interdicción de la arbitrariedad de cualquiera de los poderes públicos.

### 3. EL INDULTO EN EL ORDENAMIENTO POSITIVO ESPAÑOL

La Constitución española prohíbe en su art. 62 i) los indultos generales, quedando como única institución del antiguo derecho de gracia el indulto particular. Nada dice explícitamente el texto acerca de la amnistía<sup>10</sup>.

Su regulación legal es anterior al texto constitucional; concretamente, se remonta a la Ley de 18 de junio de 1870, si bien es cierto que fue modificada por Ley 1/1988, de 14 de enero, por la que se modifica la Ley de 18 de junio de 1870, estableciendo reglas para el ejercicio de la Gracia del Indulto (LI) y desarrollada en el Real Decreto 1879/1994 de 16 septiembre. A su vez, el Código Penal configura el indulto como una causa de extinción de la pena en su artículo 130.4º.

En nuestro ordenamiento vigente, corresponde al rey el ejercicio del indulto particular con arreglo a la ley. La concesión del indulto, que es irrevocable, es competencia exclusiva del Consejo de Ministros.

La concesión de un indulto precisa de tres presupuestos comunes. El primero, presupone que el sujeto ha sido previamente condenado por sentencia firme por la comisión de un delito<sup>11</sup>. El segundo presupuesto radica en que está a disposición del tribunal sentenciador. Y el tercero, que no sea reincidente<sup>12</sup>. Por otro lado, en función de su amplitud el indulto se clasifica en total o parcial. Hablamos de indulto total si este alcanza a la totalidad de la pena o las penas impuestas en la sentencia. Y hablamos de indulto parcial si este afecta solo a alguna pena de las impuestas o a parte de alguna de las penas impuestas.

El indulto puede solicitarse respecto a cualquier clase de penas y por cualquier tipo de delito. La única excepción, por razones obvias, es la que prevé el art. 102. 3 CE, que establece que quedan excluidos del indulto el presidente y los ministros del Gobierno en los supuestos allí descritos<sup>13</sup>. En relación con los sujetos excluidos del indulto, ya se ha reseñado la proscripción constitucional de los indultos generales. En este sentido, la clemencia se obtiene en consideración a los méritos, motivos y circunstancias obrantes en el condenado y, por ello, se habla de indulto particular. Ahora bien, como ya advirtió Llorca Ortega, «[...] existe una modalidad de indulto, de antiguo denominada “de multitud”, en el cual se examina la conducta y hechos individuales de un grupo, más o menos numeroso, de penados en relación a un mismo evento». Para el citado autor, esta clase de gracia ha de considerarse un indulto particular y, por tanto, enmarcada en la legalidad vigente<sup>14</sup>. Considero oportuno formular este recordatorio en el asunto aquí estudiado.

La petición del indulto se tramita a través del Ministerio de Justicia y puede ser solicitado a iniciativa de particulares (el penado, sus parientes o cualquier otra persona en su nombre). Nuestro ordenamiento también contempla la gracia a iniciativa fiscal, gubernativa o penitenciaria. Y, desde luego, cabe igualmente la iniciativa judicial, es decir, que el indulto sea solicitado por el mismo tribunal sentenciador<sup>15</sup>.

Las distintas clases de iniciativa del indulto delimitan, a su vez, los motivos que pueden alegarse. Así, la más acotada es la gracia a iniciativa judicial contemplada en el art. 4.3 CP, que, partiendo de la sujeción estricta de los jueces a la ley, prevé que puedan dirigirse al Gobierno para pedir únicamente el indulto parcial y solo cuando estimen que mediante la aplicación de la ley resulta penada una conducta que no debiera serlo, o cuando entiendan que la pena que se han visto legalmente obligados a imponer es excesiva (desproporción). En estos casos, de acuerdo al art. 4.4 CP, si el órgano judicial aprecia fundadamente que el comienzo de la ejecución es susceptible de vulnerar el derecho a un proceso sin dilaciones

indebidas, puede acordar la suspensión de la ejecución mientras se decide la solicitud de indulto<sup>16</sup>.

Por el contrario, el indulto a iniciativa particular no encuentra limitación alguna en nuestro ordenamiento. Más complicadas técnicamente, y no aplican al caso, son la iniciativa fiscal y penitenciaria<sup>17</sup>.

La tramitación del expediente del indulto también depende del solicitante. La que aquí interesa, a iniciativa de particulares, es la más intrincada y consta de tres fases: iniciación, instrucción y decisión. La fase de iniciación se concreta en la presentación de una instancia escrita, sin formalidad alguna, que la parte legitimada dirige al Ministerio de Justicia y que contiene los datos de identificación y los motivos de la solicitud. La parte legitimada para instar el indulto es el propio penado, sus familiares o cualquier persona que actúe en su nombre, sin que sea necesario un poder escrito acreditando su representación. De hecho, aunque no sin cierta polémica histórica, se acepta la solicitud procedente de terceros extraños, espontáneos e incluso la denominada «solicitud en masa» (formulada por colectivos o grupos). Refuerza esta exégesis el entendimiento del indulto como facultad exclusiva del Consejo de Ministros, hasta el punto de que está facultado para concederlo incluso contra la voluntad del condenado<sup>18</sup>.

La segunda fase, de instrucción, comienza con la remisión del expediente desde el Ministerio de Justicia al tribunal sentenciador y consta de varias diligencias (art. 24 LI). Si la pena impuesta es privativa de libertad, la primera consiste en demandar al centro penitenciario el informe de conducta del penado, momento en el cobran protagonismo los indicios de arrepentimiento. A continuación, el texto legal ordena la audiencia de «la parte ofendida», si la hubiere. Esta expresión ha generado ciertas dudas: por ejemplo, si hace referencia al ofendido o perjudicado por cualquier clase de delito o si, por el contrario, solamente se aplica a los delitos perseguibles a instancia de parte. En todo caso, este trámite es de carácter preceptivo, pero no es en absoluto vinculante y, desde luego, no debe confundirse con el perdón del ofendido. Seguidamente, el Ministerio Fiscal debe pronunciarse tanto sobre la conveniencia de conceder la gracia como sobre el cumplimiento de la legalidad en su tramitación.

El informe del órgano judicial sentenciador constituye el cuarto trámite. Está regulado en el art. 25 LI y consta de dos partes. La primera consiste en una detallada exposición de datos del penado, de la causa y del estado de ejecución de la sentencia. La segunda contiene el dictamen en sentido estricto, documento en el que se exponen la conveniencia y los motivos para conceder o denegar la gracia. Finalizado el expediente, el tribunal sentenciador lo remite de vuelta al Ministerio de Justicia.

Ya en el Ministerio de Justicia, se procede a su análisis y clasificación. Una vez finalizado, la propuesta motivada de resolución es elevada al Consejo de Ministros. Tras su deliberación, y en caso de ser favorable, será publicada en el BOE como un Real Decreto. Este será firmado por el rey, que, conforme a nuestro modelo constitucional, ni puede oponerse ni puede concederlo sin el correspondiente refrendo del Ministro de Justicia.

La concesión favorable del indulto, ya sea parcial o total, comporta una modificación de la decisión judicial, concretamente del fallo. La rectificación de la resolución judicial, compuesta por diferentes diligencias según la clase de indulto acordada, será realizada por el órgano sentenciador, que lo hará mediante un nuevo título de ejecución (art. 31 LI).

Ahora bien, la decisión final de conceder el indulto corresponde en exclusiva al Consejo de Ministros, que se rige por la normativa general y la particular en la materia. Esto significa que ejerce una facultad discrecional, pero sujeta a los trámites pertinentes, que son preceptivos, pero no vinculantes, así como a concretos límites fijados legalmente<sup>19</sup>. Por supuesto, y además de todo lo anterior, el poder ejecutivo está sujeto a la interdicción constitucional de toda actuación o resolución arbitraria de un poder público.

Así pues, al tratarse de una facultad discrecional, queda sometida al general control de legalidad. Una opción de control es su ejercicio por el propio órgano judicial que debe aplicarlo y que puede dejarlo sin efecto mediante auto si encuentra motivos de nulidad. Pero también existe la posibilidad de que terceros, siempre que posean la necesaria legitimación, puedan impugnarlo ante el tribunal sentenciador o bien recurriendo en la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>20</sup>.

No obstante, hasta fechas muy recientes el control de legalidad ejercido por nuestros tribunales ha resultado escaso y pobre. Sin embargo, la STS 13/2013<sup>21</sup>, de 20 noviembre, del Pleno de la Sala Tercera, dio inicio a una novedosa vía de control judicial de legalidad. En efecto, esta controvertida sentencia, respecto a la que se emitieron numerosos votos particulares, no solamente ratificó el control meramente procedimental, es decir, la comprobación del cumplimiento de los trámites legales por parte del Gobierno, sino que también extendió el control al examen de los motivos esgrimidos por el Consejo de Ministros para conceder la gracia, bien por la insuficiencia, bien por la ausencia de los mismos.

Debe advertirse que la citada resolución exige una suficiente motivación en el acuerdo del Consejo de Ministros en caso de indulto informado desfavorablemente tanto por el órgano sentenciador como por parte del Ministerio fiscal<sup>22</sup>. Es aquí donde radica la controversia y, justamente, es trasladable al asunto que nos ocupa.

Esta doctrina ha sido ratificada posteriormente. Por ejemplo, en la STS 447/2018, de 20 de mayo (Sala Tercera), que reitera que, si ambos informes son desfavorables, el Gobierno debe exponer los motivos, ya que, en tal supuesto, es insuficiente la alusión a la fórmula genérica de que concurren razones de «justicia, equidad o utilidad pública». En estos casos estaríamos ante una resolución inmotivada o insuficientemente motivada, esto es, arbitraria, y, por consiguiente, anulable en la jurisdicción contencioso-administrativa.

En resumen, en relación con la exigencia de motivación de los decretos de indulto y de su control de legalidad por la jurisdicción, podríamos establecer, conforme a la doctrina jurisprudencial hasta ahora expuesta, los siguientes estándares:

i) Exigencia de emisión y recepción de los informes preceptivos contenidos en la LI, aunque estos no son vinculantes<sup>23</sup>.

ii) Si los informes tanto del tribunal sentenciador como del Ministerio Fiscal son desfavorables, solo cabrá la concesión del indulto parcial<sup>24</sup>.

iii) En el mismo supuesto —emisión de sendos informes desfavorables—, se requiere motivación expresa y suficiente y resultará insuficiente una remisión genérica a la fórmula legal de «justicia, equidad y utilidad pública». La ausencia o insuficiencia de la motivación en el Real Decreto de concesión del indulto constituiría una decisión arbitraria que supondría una clara desviación de poder y vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva. Por consiguiente, deberá ser declarada nula de pleno derecho<sup>25</sup>.

Hasta aquí la doctrina jurisprudencial que determina el alcance de la revisión judicial de la concesión de la gracia por el Consejo de Ministros. Por tanto, hasta la fecha, de acuerdo con la jurisprudencia citada, se trata de un escrutinio externo que controla el cumplimiento del procedimiento legalmente establecido y verifica la exigencia de un proceso lógico y racional que no puede resultar arbitrario. Pero a partir de aquí, la doctrina jurisprudencial considera que el Gobierno es completamente libre de elegir entre las variadas razones de «justicia, equidad y utilidad pública». Por consiguiente, nunca puede convertirse en una fiscalización judicial *in integrum* de la decisión adoptada, dado que se configura como una potestad discrecional<sup>26</sup>.

Conviene recordar que la jurisprudencia considera que el indulto no posee la naturaleza de acto administrativo. Esta comprensión del indulto tiene importantes consecuencias tanto a efectos de fijar el alcance y límites de su control en la jurisdicción contencioso-administrativa como en un hipotético proceso penal. Es decir, al conceder el indulto el Gobierno actúa como un órgano político *stricto sensu* y por tanto goza de una «discrecionalidad máxima»<sup>27</sup>.

#### 4. LOS INDULTOS PUBLICADOS EN EL BOE DE 23 DE JUNIO DE 2021

Las anteriores consideraciones, que no son más que un breve resumen del Derecho vigente en nuestro país, persiguen, por si fuera necesario decirlo, refrescar la memoria del lector sobre sus aspectos más básicos que, de alguna manera, es preciso considerar para formular una opinión jurídicamente fundada sobre el presente caso.

Como es conocido, el pasado 23 de junio de 2021 el BOE publicó los nueve indultos acordados por el Consejo de Ministros. con fecha 22 de ese mismo mes y año.

Cada uno de los nueve Reales Decretos presentan la misma estructura formal y se caracterizan por su concisión. En primer lugar, se cita el nombre completo de la persona indultada, la fecha de la sentencia condenatoria del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2019, así como los delitos aplicados y las penas impuestas. A continuación, señalan expresamente lo siguiente: «[...] considerados los informes del Tribunal sentenciador y del Ministerio Fiscal, y atendiendo a las circunstancias de la condena, y en particular, a los motivos de utilidad pública que se exponen en la Propuesta del Ministerio de Justicia, de acuerdo a la información que obra en el citado expediente, se estima que concurren las citadas razones

de utilidad pública, a propuesta del Ministro de Justicia, y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del 22 de junio de 2021».

Los Reales Decretos culminan con la fórmula ritual de «vengo en indultar a [...], [en cada uno de los nueve casos con su nombre completo], la pena privativa de libertad pendiente de cumplimiento, a condición de que no vuelva a cometer delito grave en el plazo de [...]». Y aquí, de nuevo, hay diferencias entre el plazo mínimo impuesto de tres años, pasando por cuatro, cinco y llegando a seis años, «desde la publicación del real decreto», según la gravedad de los delitos y de las penas.

Como se advierte, los indultos alcanzan exclusivamente a las respectivas penas de prisión por el tiempo pendiente de cumplimiento en cada caso. Así pues, se trata de un indulto parcial que únicamente afecta a la parte pendiente de ejecución de la pena privativa de libertad, pero que no se aplica ni siquiera fragmentariamente a las penas impuestas de inhabilitación absoluta, que mantienen la duración contenida en la sentencia. Por último, se establece una condición sometida a diferentes plazos en cada caso, de tres a seis años, consistente en no cometer un delito grave durante ese periodo. En caso de hacerlo y ser condenados, el indulto quedaría revocado. Adviértase que la previsión se circunscribe exclusivamente a delitos graves, para lo que debe acudir a su clasificación conforme al art. 13.1 en relación al art. 33, ambos del Código Penal.

Los Reales Decretos, junto a las declaraciones de diferentes responsables públicos y de los afectados, son los únicos materiales públicos de los que disponemos. Pero no vivimos en un país que se caracterice precisamente por el respeto de cualquier clase de reserva. Por ello, si hacemos caso a las diversas filtraciones, ninguna oficial, las nueve Propuestas Motivadas que el Ministerio de Justicia, en esas fechas todavía dirigido por el Dr. D. Juan Carlos Campo Moreno, elevó al Consejo de Ministros proponiendo los indultos parciales y condicionados, son impecables desde el punto de vista técnico-jurídico. Las Propuestas están reciamente documentadas y, en especial, perfectamente ancladas en la jurisprudencia española en la materia. Así pues, desde la perspectiva del Derecho, o si se prefiere, desde su legalidad, salvo sorpresa por variación de la doctrina del Tribunal Supremo antes expuesta, no cabe esperar ninguna objeción de calado.

En este contexto, me parece oportuno detenerme en la singularidad de los delitos de sedición. Es claro que son delitos comunes, pero también que presentan un sesgo o móvil de naturaleza política. En este sentido, el indulto sobre la pena impuesta por la comisión de esta clase de infracciones acentúa, en mi opinión, la facultad discrecional del Gobierno para estimar su conveniencia por razones de «utilidad pública». Es decir, el Ejecutivo goza de una discrecionalidad máxima reforzada.

Sin embargo, desde la óptica de la política los cálculos de acierto o error —esto es, relativos a la eficacia y la eficiencia— son mucho más abiertos y, posiblemente tendremos, que esperar algún tiempo para poder emitir un veredicto más fundado. No en vano, nos situamos en el terreno de los intereses, las necesidades, los cálculos, las iniciativas ... Es decir, en el terreno de la política y de su lógica.

Política a la que el Derecho abra la puerta, con la actual regulación del indulto, a una regulación, por cierto, muy semejante a la existente en los otros ordenamientos de nuestro entorno.

## 5. LA REFORMA DEL INDULTO

Todos los países de nuestro entorno mantienen la institución del indulto con un régimen similar, es decir, como una potestad discrecional del poder ejecutivo y, en consecuencia, como un acto de naturaleza política, si bien en todas las regulaciones existe una tendencia manifiesta a someterlo a ciertos límites mínimos imprescindibles en todo Estado de Derecho.

No hay duda, sin embargo, de que requiere una profunda reforma. No se explica razonablemente que, desde la aprobación de la CE en 1978, y excepción hecha de la superficial modificación de 1988, no se haya consensuado una actualización de la pretérita Ley del Indulto de 18 de junio de 1870. Ni siquiera se ha modificado en periodos de mayorías absolutas.

Curiosamente, la mayoría de las más recientes iniciativas de modificación de esta ley han apuntado principalmente a excluir del uso de esta prerrogativa determinados grupos o familias delictivas. Se trataría de excluir los llamados delitos de corrupción y los vinculados a la violencia de género. En esta línea se inscriben la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en 2014, la Propuesta del Grupo Mixto de 2015 y la Proposición de Ley nuevamente presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en 2017<sup>28</sup>. Precisamente a raíz del llamado *procés*, se han alzado voces en sede parlamentaria para dejar también fuera del derecho de gracia a los delitos de rebelión y sedición.

Muy sintéticamente, podría decirse que estas iniciativas de reforma de la legislación de indulto mantienen en esencia el procedimiento para su concesión, si bien introducen algunos cambios. Formalmente, sigue correspondiendo al rey su concesión, si bien lo acuerda el Consejo de Ministros mediante Real Decreto tras un detallado procedimiento donde son preceptivos los informes del magistrado o tribunal sentenciador, el fiscal y la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario. El énfasis en el objetivo de reducir la arbitrariedad en la decisión final refuerza la exigencia de motivación, de modo que el Real Decreto expresar explícitamente la adecuación de la concesión del indulto a las finalidades legítimas de reinserción social, equidad o utilidad pública. En este sentido, todas las propuestas apuntan a consolidar el control judicial sobre la concesión de indulto ya formuladas por la jurisprudencia.

Pero la novedad más interesante es la exclusión del indulto parcial o total de las penas impuestas como consecuencia de la comisión de delitos vinculados al fenómeno de la corrupción, que se hace eco de una más que justificada demanda social contra su uso abusivo.

## 6. CONCLUSIÓN

Históricamente, el indulto fue una facultad real consistente en perdonar al condenado y se ejerció sin límite ninguno. Hasta llegó a ser calificado como «la más hermosa de las prerrogativas regias». El constitucionalismo moderno comenzó a someter a límites jurídicos este antiguo privilegio, esto es, a condicionarlo a un procedimiento y a unos requisitos legalmente tasados, al tiempo que la progresiva humanización del Derecho penal no precisaba tanto del recurso a esta graciosa válvula de corrección de la crueldad punitiva. No obstante, la inercia del pasado todavía ilumina la creencia en un poder absoluto y libérrimo del Gobierno en materia de indulto. Y aunque formalmente no sea cierta esta leyenda, sí lo es que «[...] nunca se ha conocido su uso sin su abuso». Esto parece imposible de subsanar completamente, pues no debemos olvidar que el indulto consiste en que unas personas dedicadas a hacer política «ponen sus manos» sobre una decisión tomada por personas dedicadas a hacer justicia.

Aunque algún lector pueda dudar de haber leído correctamente la fecha, en verdad nuestra legislación sobre indulto procede de 1870. Ciertamente, esta ley ha sufrido modificaciones parciales —la más destacada fue la operada por Ley 1/1988, de 14 de enero—. En cualquier caso, su estructura nuclear procede del siglo XIX. Sin lugar a dudas, en su momento se trató de una excelente y equilibrada normativa; sin embargo, el inexorable transcurso del tiempo, sumado a una descuidada y en ocasiones burda aplicación por parte de todos los intervinientes (magistrados, fiscales, abogados y Consejo de Ministros), la ha conducido a una obsolescencia grotesca. La desidia del poder legislativo en esta materia debe dar paso a una inmediata reflexión sobre la materia a fin de dotar al país de una regulación actualizada, acorde con nuestro tiempo y con nuestro espacio cultural.

El número monográfico que aquí se presenta contiene un análisis de la institución del indulto y de su concreta aplicación desde todas las especialidades jurídicas implicadas (Derecho constitucional, penal, procesal y administrativo) y, por supuesto, desde la pluralidad y con absoluta libertad de planteamiento en el desarrollo de las diferentes aportaciones.

## NOTAS

1. González Cussac (2019: 28 ss.).

2. Al menos desde su configuración constitucional y legal. Cuestión distinta, como tantas otras en nuestro país, es que su aplicación práctica se aleje del marco normativo. Aquí radica lo que, para muchos, ignorantes y/o cínicos, reside la diferencia entre la «teoría» y la «práctica». Para ellos, «teoría» es lo que prescriben las normas, mientras que «práctica» es lo que hacen cotidianamente.

3. Sin embargo, para Doval Pais y Viana Ballester (2014: 40), el indulto se articula mediante una facultad discrecional que «permite interferir en la función propia del poder judicial como fuente exclusiva y excluyente de administración de justicia. Esto es así porque mediante el indulto el Gobierno anula o modifica el fallo de un juez o tribunal».

4. Así también Abel Souto (2013: 2).

5. Para una perspectiva histórica, *vid.* Sobremonte Martínez (1980: 3 ss.).
6. Orts Berenguer y González Cussac, (82019: 420).
7. Doval Pais, Blanco Cordero, Fernández-Pacheco Estrada, Viana Ballester y Sandoval Coronado (2012).
8. Cfr. Molina Fernández (coord.) (2019).
9. Pedreira González (2020: 151 ss.).
10. Para un importante sector doctrinal, el silencio de la CE sobre la amnistía posibilita su admisión, pues no la prohíbe explícitamente. No obstante, exigen su entendimiento como recurso excepcional que, por tanto, tendría que ser regulado en una ley especial a tal efecto. Sin embargo, para otros autores, la prohibición expresa del indulto general conlleva también la prohibición de la amnistía: parece claro que, si se prohíben los indultos generales, por las mismas razones debe rechazarse la posibilidad de recurrir a la amnistía. Cfr. García Mahamut (2004: 71 ss.); y Sánchez-Vera Gómez-Trelles (2008: 6 ss.).
11. La STS 406/2004, de 31 marzo, Sala Segunda (Tol 392791) ha subrayado que la gracia del indulto recae sobre la pena y no sobre el delito. Desde luego, es posible otorgar el indulto incluso antes del comienzo de la ejecución de la pena, o una vez ya iniciado su cumplimiento habiéndose cumplido ya una parte, y que este afecte entonces solo al resto de la misma.
12. El texto contiene algunas excepciones que amplían el margen del indulto en cierta clase de delitos. Los presupuestos del indulto, y sus excepciones, puede verse ampliamente en Llorca Ortega (21997: 21 ss.).
13. García Mahamut (2000).
14. Llorca Ortega (21997: 29-30).
15. *Ibidem*: 43 ss.
16. Así, Orts Berenguer y González Cussac (82019: 420).
17. Extensamente, en Llorca Ortega (21997: 74 ss.).
18. *Ibidem*: 109 ss.
19. Por ejemplo, la imposibilidad de conceder el indulto total si no se acompaña de informe favorable del órgano sentenciador.
20. Cfr. Córdoba Roda y Tornos Mas (2014: 39 ss.).
21. (Tol 4062162).
22. En los supuestos que, o bien el tribunal sentenciador, o bien el Ministerio Público informan favorablemente, la citada resolución entiende que la concesión del indulto no es necesaria por parte del Gobierno, en la medida en que se presume su adhesión al informe favorable de los dos preceptivos, sea el que sea.
23. Así, STS de 22 octubre 2020, Sala Tercera [ECLI:ES:TS: 2020:3381; (Tol 165555)].
24. En caso de que los dos informes sean desfavorables, no cabe el indulto total de la pena. En este sentido, STS 935/2018, de 20 de marzo, Sala Tercera [ECLI:ES: TS: 2018: 935; (Tol 6548035)].
25. De gran trascendencia es la STS 13/2013, de 20 de noviembre, Pleno de la Sala Tercera (Tol 4062162). En la misma, se fija el canon de control de legalidad vigente hasta la fecha. La resolución contiene una controvertida discusión con numerosos votos particulares.

26. Subrayan estos límites de la fiscalización judicial del indulto las SSTs 4239/2016, de 27 septiembre, Sala Tercera [ECLI: ES: TS. 2016: 4239; (Tol 5836823)] y 3606/2020, de 26 octubre 2020, Sala Tercera [ECLI: ES: TS. 2020: 3711; (Tol 8209005)].

27. Así, expresamente, la citada STS 13/2013, de 20 de noviembre, Pleno de la Sala Tercera (Tol 4062162).

28. Para un comentario detallado de las propuestas de reforma, *vid.* Pedreira González (2020: 181 ss.).

## BIBLIOGRAFÍA

ABEL SOUTO, Miguel (2013): «El indulto: una propuesta para incluir en el Código Penal su regulación adaptada a principios constitucionales básicos y al estado democrático de Derecho», *ReCRIM*, 9.  
CÓRDOBA RODA, Juan y Joaquín TORNOS MAS (2014): «Los Indultos y su control jurisdiccional», *Revista Jurídica de Catalunya*, 113(1), 39-78.

DOVAL PAIS, Antonio, Isidro BLANCO CORDERO, Cristina FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, Clara VIANA BALLESTER, y Juan Carlos SANDOVAL CORONADO, J. C.: «La concesión del indulto en España (2000-2008)» (2012): *Revista Española de Investigación Criminológica*, 11 de enero.

DOVAL PAIS, Antonio y Clara VIANA BALLESTER (2014): «El indulto a revisión. Razones y propuesta para una modificación legislativa», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 43, 40-47.

GRACÍA MAHAMUT, Rosario (2000): *La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno en la Constitución*, Madrid: Tecnos.

– (2004): *El indulto. Un análisis jurídico-constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 2004.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (2020): «Prólogo», en F. M. Pedreira González, *En defensa del indulto*, Valencia: Tirant lo Blanch, 11-25.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (2019): «Política y delito», en *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 26, 18-19.

LLORCA ORTEGA, José (1997): *La Ley de indulto*, Valencia: Tirant lo Blanch.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (coord.): *El indulto. Pasado, presente y futuro*, Buenos Aires: B de f.

ORTS BERENGUER, Enrique y José Luis GONZÁLEZ CUSSAC (2019): *Compendio de Derecho Penal (Parte general)*, Valencia: Tirant lo Blanch.

PEDREIRA GONZÁLEZ, Félix M<sup>a</sup> (2020): *En defensa del indulto*, Valencia: Tirant lo Blanch.

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

SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, José Enrique (1980): *Indultos y amnistía*, Valencia: Universidad de Valencia.

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

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

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

*Julio Banacloche Palao*

*Catedrático de Derecho procesal  
Universidad Complutense de Madrid*

RESUMEN

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

PALABRAS CLAVE

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

ABSTRACT

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

KEYWORDS

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

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

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

Julio Banacloche Palao

Catedrático de Derecho procesal  
Universidad Complutense de Madrid

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## NOTAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

graciables cuya concesión o denegación es libérrima para el poder público titular de la misma. Siendo esto así, lo que no es ajeno a la víctima es que, ya que ha de aceptar el perdón público, éste se ajuste a lo previsto en la Ley y no se extienda más allá de los límites que ésta impone, pues si se concede la gracia extramuros de la Ley, ese interés que justificó su presencia en el proceso penal sería completamente burlado. Precisamente esta es la ventaja o utilidad jurídica potencial que justifica su presencia en este proceso y no tanto la voluntad de que se respete la ley o de que se aparte de su actividad profesional a determinadas personas, como sostiene la codemandada. No obstante, esta última consideración tampoco es ajena a la legitimación en nuestro caso. El delito de acusación falsa por el que los indultados fueron condenados, y del que los recurrentes fueron víctimas, se realizó --como se establece en los hechos probados de las sentencias a los que nosotros nos atenemos-- en el ejercicio de una determinada actividad profesional, la bancaria, de donde resulta que no es ilegítimo que quien lo sufrió pretenda mantener apartados de dicha actividad a los indultados».

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

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

## BIBLIOGRAFÍA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Gonzalo Quintero Olivares*

*Catedrático de Derecho penal y abogado*

RESUMEN

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

PALABRAS CLAVE

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

ABSTRACT

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

KEYWORDS

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

DOI: [doi.org/10.36151/td.2021.014](https://doi.org/10.36151/td.2021.014)

# LOS INDULTOS: EL DERECHO DE GRACIA Y LA POLÍTICA ESPAÑOLA

Gonzalo Quintero Olivares

Catedrático de Derecho Penal y abogado

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

## 1. INTRODUCCIÓN: LA TENSIÓN PREVIA

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

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

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

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

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

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

## 2. LOS NUEVE INDULTOS

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

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

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

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

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

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

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

### 3. PROLEGÓMENOS Y PRECEDENTES

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

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

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

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

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

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

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

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

#### 4. LA «IDEOLOGÍA» DE LA GRACIA

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

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

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

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

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

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

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

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

## 5. EL DERECHO DE GRACIA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 6. LA FUNCIÓN DEL REY

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 7. LA OPOSICIÓN DEL TRIBUNAL SENTENCIADOR

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 8. EL ALCANCE DEL INDULTO CONCEDIDO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 10. LA PRETENDIDA CONFIGURACIÓN DE UNA «GRACIA ANTICIPADA»

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 11. LA IMPUGNACIÓN DEL INDULTO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## BIBLIOGRAFÍA

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

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

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

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



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 atiende 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. —incomprensiblemente, 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.**

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](https://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<sup>1</sup>.

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»<sup>2</sup>.

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 decidendi* 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 coheretarse 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<sup>3</sup>.

Los indultos concedidos a los nueve condenados en el juicio del *procés* constituyen un claro ejemplo de ello<sup>4</sup>. 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<sup>5</sup> 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 presump-

tos. Por su parte, el Sr. Abascal<sup>6</sup> 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<sup>7</sup>.

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 Fárrias. 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 art. 102 de la Constitución de 1931, instó al Gobierno a solicitar el preceptivo informe del Tribunal Supremo, que se pronunció contra el indulto<sup>8</sup>.

En palabras del propio Alcalá Zamora: «En el histórico Consejo de octubre de 1934 cuando informé, durante once cuartos de horas, para impedir el fusilamiento del comandante Pérez Fárrias, 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»<sup>9</sup>. Tras reunirse con Alcalá Zamora, el Gobierno finalmente concedió los indultos<sup>10</sup>.

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<sup>11</sup>: 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<sup>12</sup>.

En el segundo semestre del 2020, de los 1664 expedientes de indultos resueltos se concedieron 18 indultos parciales<sup>13</sup>. 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<sup>14</sup>.

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<sup>15</sup>, 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<sup>16</sup>. 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<sup>17</sup>, 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<sup>18</sup>, 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<sup>19</sup> 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<sup>20</sup>.

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<sup>21</sup> 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<sup>22</sup>, 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 delito 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 delito 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<sup>23</sup>.

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 desenfoco 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»<sup>24</sup>.

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

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»<sup>26</sup>.

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»<sup>27</sup>.

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)<sup>28</sup>, 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<sup>29</sup>. 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<sup>30</sup>. 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 contraría 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)<sup>31</sup>.

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 graciabiles 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 contrae 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<sup>32</sup>.

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<sup>33</sup>—, 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<sup>34</sup>. 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. Asimismo, 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. *Ibidem*.
7. [En línea] <<https://www.europapress.es/nacional/noticia-casado-anuncia-recurso-contraindultos-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/Area-Tematica/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. *Ibidem*, FJ 3: 7.
26. *Ibidem*.
27. *Ibidem*, 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.

DÍEZ-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.**



LA FACULTAD DE INDULTO Y SU EJERCICIO. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE  
LOS INDULTOS A LOS CONDENADOS A PRISIÓN POR LA STS 459/2019  
*THE FACULTY OF PARDON AND ITS EXERCISE. SOME CONSIDERATIONS ABOUT  
THE PARDONS TO THOSE CONDEMNED TO PRISON BY STS 459/2019*

*Enoch Albertí*

*Catedrático de Derecho constitucional  
Universitat de Barcelona*

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo examinar algunas cuestiones generales en torno a la facultad de indultar especialmente relevantes en el caso de los indultos concedidos a las personas condenadas a prisión por la STS 459/2019, como la motivación que puede justificar los indultos —y especialmente la relativa a la utilidad pública, que remite a una decisión política— y a la posibilidad y alcance de su control judicial, a la luz de la nueva doctrina del Tribunal Supremo. El texto examina también algunas cuestiones que se suscitan de modo específico en estos indultos, como la aplicación o no de la prohibición de los autoindultos, la exigencia de arrepentimiento y su incidencia en la libertad ideológica, o el carácter parcial y condicionado de los mismos. En la medida en que estos indultos se sitúan en el marco del conflicto político de Cataluña, hay que verlos en su contexto, y por ello se tratan también, finalmente, algunas cuestiones vinculadas que aparecen en este debate, como la posibilidad de los indultos anticipados, la reforma del delito de sedición en el Código Penal o la posibilidad constitucional de una ley de amnistía.

PALABRAS CLAVE

Indulto, conflicto político de Cataluña, sedición, amnistía.

ABSTRACT

This article aims to examine some general issues around the power to pardon especially relevant in the case of pardons granted to people sentenced to prison by STS 459/2019, such as the motivation that can justify pardons —and especially that relating to public utility, which refers to a political decision— and to the possibility and scope of its judicial control, in light of the new doctrine of the Supreme Court. The text also examines some issues that arise specifically in these pardons, such as the application or not of the prohibition of self-pardons, the demand for repentance and its impact on ideological freedom, or their partial and conditioned nature. To the extent that these pardons are situated within the framework of the political conflict in Catalonia, they must be seen in their context, and for this reason some related issues that appear in this debate are also discussed, such as the possibility of anticipated pardons, the reform of the crime of sedition in the Penal Code or the constitutional possibility of an amnesty law.

KEYWORDS

Pardon, political conflict of Catalonia, sedition, amnesty.

DOI: [doi.org/10.36151/td.2021.017](https://doi.org/10.36151/td.2021.017)

# LA FACULTAD DE INDULTO Y SU EJERCICIO. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS INDULTOS A LOS CONDENADOS A PRISIÓN POR LA STS 459/2019

Enoch Albertí

Catedrático de Derecho constitucional  
Universitat de Barcelona

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Indulto y Estado de Derecho. E. Motivación y control de los indultos. 3.1. La exigencia de motivación. 3.2. Las causas de justificación; la admisión de la concesión de indultos por motivos políticos. 3.3. Control político y control judicial. En especial, la ausencia de arbitrariedad. 4. Algunas cuestiones específicas en relación con los indultos de los condenados por la STS 459/2019. 4.1. La prohibición de autoindultos *ex art.* 102.3 CE. 4.2. La alegación de falta de arrepentimiento. 4.3. El carácter parcial de los indultos: la no remisión de la pena de inhabilitación absoluta. 4.4. El condicionamiento de los indultos. 5. Los indultos del *procés* en su contexto: la necesaria despenalización del conflicto político de Cataluña. Notas. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

El ejercicio del llamado derecho de gracia ha generado, históricamente y hoy también, considerables polémicas tanto políticas como jurídicas que alcanzan a la propia institución del indulto. Según la exposición de motivos de la vigente Ley reguladora, de 1870, esta fue fruto del rechazo a los abusos con los se practicaba aquel derecho, y, en los últimos años, del repudio a casos específicos —entre ellos, los indultos concedidos a algunos condenados por el intento de golpe de Estado del 23F y por la guerra sucia del GAL, a algún juez pre-

varicador y expulsado de la carrera judicial, a algunos políticos corruptos o a un conductor homicida—, casos que han puesto en tela de juicio no solo el modo en que se ha ejercido esta facultad extraordinaria, sino su propia configuración jurídica e incluso la propia existencia de la potestad de indultar.

Los indultos concedidos mediante los Reales Decretos 456 a 464/2021, todos de 22 de junio, a las nueve personas condenadas a penas de prisión por la sentencia del Tribunal Supremo 459/2019 han generado también una notable polémica en la que vuelven a discutirse cuestiones fundamentales del régimen jurídico de la figura del indulto. Se trata de una polémica acentuada —y, sin duda, también influida— por la trascendencia política general de estas medidas, que van más allá de los concretos casos individuales. En las páginas que siguen no pretendo realizar un análisis general de la institución del indulto, sino solo algunas observaciones sobre alguno de los elementos que han emergido con mayor fuerza en esta polémica. En primer lugar, y como cuestión que enmarca el debate general sobre el indulto, no puede obviarse la difícil convivencia entre esta figura y el principio del Estado de Derecho. En segundo lugar, la exigencia de motivación en la concesión de indultos y las causas en las que puede ampararse. En tercer lugar, y estrechamente asociado al punto anterior, el corolario de su posibilidad de control, especialmente en sede judicial. Por las particularidades del caso, se examinan también, en cuarto lugar, algunas cuestiones que se han planteado especialmente en la concesión de estos indultos —entre otras, su carácter parcial y condicionado, la prohibición de los autoindultos, la exigencia de arrepentimiento, o el sentido del informe del tribunal sentenciador, particularmente en relación con la apreciación de motivos de utilidad pública. Y finalmente, no puede olvidarse que estos indultos se sitúan en un contexto más amplio: el conflicto político y constitucional de Cataluña, circunstancia que ha sido decisiva para que el debate que han suscitado se haya caracterizado por su fuerte carga política<sup>1</sup>, y que obliga, por tanto, a situarlos en este marco, en el que aparecen otras cuestiones polémicas como la posibilidad de los indultos avanzados, la pertinencia de una ley de amnistía y la reforma del delito de sedición en el Código Penal.

## 2. INDULTO Y ESTADO DE DERECHO

El indulto y el principio del Estado de Derecho mantienen una convivencia que, cuando menos, puede calificarse como difícil. Su origen histórico, su íntima conexión con las prerrogativas del monarca *legibus solutus* y sus rasgos esenciales —su carácter discrecional, el hecho de que su concesión deje sin efecto sentencias penales y su frecuente ejercicio arbitrario, hablando en términos históricos— motivan que esta potestad encaje mal en el marco de la división de poderes, la preeminencia de la ley, el principio de igualdad y la existencia de una jurisdicción que imparte justicia de modo exclusivo e independiente. Aunque no se trata de repasar ahora las críticas que se han vertido contra la institución desde la Ilustración, conviene al menos dejar constancia de la oposición que genera, dado que se considerara una reminiscencia del pasado que tiene difícil cabida en el marco de un

Estado constitucional construido sobre los pilares del Estado de derecho, la igualdad ante la ley y la división de poderes<sup>2</sup>.

En general, estas críticas están bien fundadas y, ciertamente, la institución del indulto genera instintivamente una cierta repulsión constitucional. Sin embargo, también es cierto que se trata de una figura con una muy larga trayectoria histórica que se ha incorporado al Estado constitucional en prácticamente todos los países de nuestro entorno y que ha estado presente en ellos, y en España, a lo largo de toda su historia constitucional. Algún aspecto positivo debe de tener para haber sobrevivido tanto tiempo bajo regímenes políticos y judiciales tan distintos. Y lo que tiene —y constituye su esencia— es que permite atemperar la aplicación de la ley, penal en este caso, cuando sus consecuencias se consideran excesivas, injustas o no adecuadas<sup>3</sup>. Esta función de flexibilización de la aplicación de la ley es lo que ha propiciado la subsistencia de la institución del indulto, desligada ya de la voluntad omnímoda y, por tanto, eventualmente arbitraria, del monarca, y lo que muy probablemente determinará su mantenimiento en el futuro. No pervivirá como una institución obsoleta, sino como una llave que permita corregir los efectos indeseados de la aplicación judicial de la ley. Naturalmente, el modo en que opera este instrumento ha cambiado con el tiempo, y actualmente debe acomodarse a las exigencias del Estado constitucional. Esta exigencia ha introducido cambios muy importantes en la configuración de la institución y en su régimen jurídico. No obstante, su esencia sigue siendo la misma: corregir, desde el propio sistema, los efectos producidos por una condena judicial. Quién puede hacerlo —esto es, quién debe tener la capacidad de realizar el juicio de valor mediante el cual se consideran indeseados los efectos de una sentencia—, cómo debe hacerlo, cuáles son los motivos aceptables para hacerlo, qué efectos conlleva, y quién y cómo puede controlar el ejercicio de este poder son, todas ellas, cuestiones decisivas que deben encontrar una respuesta congruente con el sistema constitucional en el que se inserta la facultad de indulto.

En este sentido, no se trata tanto de realizar una tacha general de la institución del indulto cuanto de configurarlo de tal manera que encaje en el sistema jurídico correspondiente como un elemento más que forma parte del mismo. Y ello sin que pierda su esencia última, sin la cual el indulto dejaría de ser lo que es para convertirse en otra cosa: un modo de dejar sin efecto las consecuencias penales de una decisión judicial.

Naturalmente, a esta cuestión puede responderse negativamente, en el sentido de que aquel encaje o acomodo no es posible en un sistema constitucional basado en el Estado de Derecho, la igualdad de la ley, la división de poderes y la exclusividad e independencia del poder judicial. Sin embargo, otra forma de percibirlo es considerar el sistema en su conjunto —que, como se ha dicho, incluye en la realidad, aquí y en la practica totalidad de países, la figura del indulto— y, por lo por tanto, interpretar estos principios de modo que consientan la existencia de esta institución, no en abstracto o desde concepciones ideales preestablecidas, de una parte, y acomodar la figura del indulto, en su concreta configuración, lejos ya de la prerrogativa real del derecho de gracia, a estos principios estructurales básicos del Estado constitucional, de otra. Esta doble consideración abre la posibilidad de permitir el establecimiento de este instrumento de inexecución de sentencias penales y de

configurarlo como un mecanismo de carácter excepcional, limitado, de ejercicio debidamente justificado y sujeto a control.

Sobre el carácter excepcional del indulto no parece que quepan dudas. No solo por razones dogmáticas, sino también porque quien puede usar esta válvula de escape para corregir efectos que reputa indeseados tiene la posibilidad de enmendarlos también mediante instrumentos ordinarios si aquellos se producen con frecuencia o incluso de forma generalizada. Resultaría, desde luego, una grave anomalía del sistema que hubiera de recurrir al mecanismo del indulto para resolver efectos negativos producidos con carácter general o habitual por la aplicación de una ley penal. Su excepcionalidad le confiere necesariamente también un carácter limitado. De ahí, entre otras consecuencias, las cautelas adicionales respecto de los indultos generales en la Ley de 1870, y la prohibición de los mismos en las Constituciones de 1931 (art. 102) y de 1978 (art. 62 i)).

Ahora bien, mayores problemas, todos ellos presentes en el caso concreto abordado en estas páginas, surgen en relación con la justificación del ejercicio de la potestad de indulto y con su control. A continuación se realizan algunas observaciones sobre estos extremos.

### 3. MOTIVACIÓN Y CONTROL DE LOS INDULTOS

La exigencia de que el ejercicio de la potestad de indulto esté justificado constituye la idea central de la Ley del Indulto de 18 de junio de 1870, primera norma de rango legal que reguló esta facultad real que, como es de sobra conocido, sigue vigente hoy con muy pocas modificaciones. Esta idea esencial está claramente expresada en su exposición de motivos y plasmada en el texto normativo mediante dos líneas básicas: el establecimiento de un procedimiento y la exigencia de motivación. La primera exigencia debe servir para que los indultos no se concedan «[...] sino con pleno conocimiento de los hechos y de todas las circunstancias, y después de un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir, bajo el aspecto de la justicia, de la equidad o de la conveniencia social». Y, dado su carácter excepcional, «[...] es necesario poner fuertes trabas a la (libertad) de conceder el indulto. Por esto no podrá otorgarse desde luego y sin que antes sean conocidos todos los hechos y circunstancias, así como la opinión del tribunal que haya sentenciado al reo y la del Consejo de Estado. Ilustrado así el Gobierno, no son de temer las consecuencias de la precipitación y ligereza en tan delicada materia». La segunda se expresa en la determinación taxativa de los criterios en los que debe basarse el indulto (justicia, equidad o conveniencia social) y en la forma que debe adoptar la concesión del indulto: un decreto motivado del Consejo de Ministros, «[...] a fin de que consten siempre las razones que le movieron a ejercer la prerrogativa constitucional».

Interesa aquí especialmente tratar esta segunda cuestión, la motivación del indulto, abordando los aspectos procedimentales solo en la medida en que tengan que ver con ella, y que, como se verá, tienen trascendencia para la misma.

### 3.1. LA EXIGENCIA DE MOTIVACIÓN

La Ley de 1870 es clara en cuanto a la exigencia de motivar la concesión de los indultos. No solo la exposición de motivos de la ley se refiere explícitamente a ella, como se ha dicho, sino que también se prevé expresamente en su articulado. La formación del expediente, que debe contener determinados informes razonados, así como el requisito de que se conceda mediante decreto motivado del Consejo de Ministros, dejan muy poco lugar a la duda en esta cuestión<sup>4</sup>.

Tampoco debería generar dudas sobre esta exigencia la reforma introducida por la Ley 1/1988, de 14 de enero, que modificó, entre otros, el art. 30 de la Ley de 1870 sustituyendo la expresión «[...] decreto motivado y acordado en Consejo de Ministros, que se insertará en la Gaceta» por «[...] Real Decreto, que se insertará en el Boletín Oficial del Estado»<sup>5</sup>. Tanto si se entiende que la finalidad de esta modificación era simplemente adecuar la terminología —esa fue la justificación de la enmienda parlamentaria que dio lugar al nuevo texto<sup>6</sup>— como si se recurre a los requerimientos generales de justificación de las actuaciones públicas, que prohíben la arbitrariedad<sup>7</sup>, parece indudable que la concesión de indultos no puede quedar librada a la absoluta autonomía decisoria del órgano al que se concede esta facultad, sino que debe basarse en motivos razonables. Distinta es la cuestión de cuáles pueden ser estos motivos razonables, sobre la que se volverá después, así como el carácter de la exigencia de motivación y su concreta formalización, que incluye tanto su extensión y calidad como su publicidad.

Ahora bien, como ha señalado repetidamente el Tribunal Supremo<sup>8</sup>, la exigencia de motivación no es la misma que se aplica a los actos administrativos. Y no porque el poder de conceder indultos no sea una potestad administrativa, sino una facultad política, puesto que calificar una determinada actuación de un modo u otro a veces es el resultado de su régimen jurídico, más que su presupuesto; tampoco porque su objetivo sea evitar la arbitrariedad, pues esta es también la finalidad última de la motivación de los actos administrativos y del control que llevan aparejados. La diferencia esencial, entiendo, radica en el carácter completamente discrecional de la concesión del indulto (en el sentido de que no existe un derecho al indulto, y que este, a pesar de que concurren los presupuestos necesarios, puede ser otorgado o no) y, sobre todo, en la naturaleza de los motivos en que debe basarse su concesión (justicia, equidad y utilidad pública), que necesariamente remiten a una valoración que solo puede realizar el órgano que tiene la facultad de otorgarlos. Estas dos características esenciales del indulto configuran la exigencia de motivación —y, en consecuencia, también su control, como se verá— de un modo distinto a cómo opera respecto de las actuaciones administrativas, y ello afecta especialmente, por lo que ahora interesa, a su formalización.

En el ejercicio de la potestad de indultar deben conjugarse la libertad de apreciación y de decisión con la interdicción de la arbitrariedad, lo cual también determina decisivamente el tipo de control al que puede someterse tal ejercicio, cuestión que será tratada en el apartado siguiente. En esencia, motivar un indulto significa excluir su arbitrariedad. En la medida en que la propia Ley de Indultos establece unas causas de justificación, se trata

de subsumir racionalmente el indulto concedido en alguno de estos motivos, de modo que pueda presentarse con la cobertura de una causa justificante. Desde el punto de vista de su formalización, basta con que la motivación sea suficiente en extensión y calidad para poder justificar que el indulto se basa en alguna de las causas o criterios que lo legitiman, en el sentido de que en el caso concurren los motivos que permiten su concesión, aunque después, naturalmente, la valoración del cumplimiento de este requisito de suficiencia puede resultar polémica. La motivación, además, no tiene porqué formalizarse en el decreto de concesión, sino que basta con que derive del expediente en su conjunto. En este sentido, hay que señalar que la necesaria protección de la intimidad puede desplazar la motivación del decreto de concesión al expediente previo, de modo que aquel contenga solo genéricamente el motivo que justifica el indulto en el caso concreto y se remita después al expediente, de acceso limitado y orientado a su eventual control. En todo caso, parece claro que la reforma de 1988 no puede suponer un paso atrás respecto de la Ley original de 1870, que en buena medida confió el fin de los abusos en la concesión de indultos precisamente a la exigencia de motivación.

### 3.2. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN: LA ADMISIÓN DE LA CONCESIÓN DE INDULTOS POR MOTIVOS POLÍTICOS

La Ley de 1870 (en su versión reformada de 1988, que en este extremo mantiene la original, con la única supresión del Informe del Consejo de Estado) dispone: «El indulto total se otorgará a los penados tan solo en el caso de existir a su favor razones de justicia, equidad o utilidad pública, a juicio del tribunal sentenciador [...]» (art. 11). El hecho de que esta exigencia se refiera al informe del tribunal sentenciador, y su apreciación positiva se establezca como condición de la concesión de un indulto total, no excluye, naturalmente, que estas mismas causas deban concurrir con carácter general para la concesión de cualquier indulto. La cuestión es que, si el tribunal sentenciador (antes, también el Consejo de Estado) no aprecia alguno de estos motivos, no puede concederse el indulto total, que queda en consecuencia condicionado al informe favorable del órgano judicial que impuso la pena. Se trata de una limitación del ejercicio de la facultad de indultar, pero no de una exclusión de la exigencia de motivación para aquellos indultos que no remitan totalmente la pena que otorgue así una libertad absoluta para conceder indultos parciales. Las razones indicadas en el apartado precedente avalan esta posición, de modo que la facultad de indultar no puede configurarse en parte, cuando se trate de indultos parciales, en términos de absoluto arbitrio del órgano que puede ejercerla.

Admitida la necesidad de motivar cualquier indulto en los términos expuestos, la cuestión reside en los criterios para realizar tal motivación. Para ello, no debe haber muchos problemas en admitir que son alegables los criterios que menciona el art. 11 de la Ley, pues en realidad cubren el amplio elenco de posibilidades existentes para justificar que un indulto no ha sido concedido de forma arbitraria.

La justicia y la equidad constituyen motivos referidos a las circunstancias de la persona en el caso concreto, que pueden aconsejar remitir, en todo o en parte, la pena

impuesta por un tribunal. Eso es lo que puede ocurrir cuando el proceso ha tenido dilaciones indebidas y se han modificado sustancialmente las circunstancias de la persona, o cuando esta pudiera sufrir un perjuicio desproporcionado por el cumplimiento de la pena, o cuando la propia pena, impuesta por mandato legal, se considera excesiva en atención a los hechos, la persona condenada o los daños producidos respecto de las finalidades de prevención y de reinserción que debe cumplir. El Gobierno, como titular de la facultad de indultar, puede considerar la edad, la salud o el estado de la persona condenada, su contexto social y familiar, sus responsabilidades familiares, su propia conducta y sus antecedentes, así como cualquier otra circunstancia individual, familiar y social para valorar las consecuencias del cumplimiento de la pena impuesta y decidir su condonación, en todo o en parte, a la luz de los efectos que causaría en la persona y su entorno. Se trata, en todo caso, de aplicar un genérico criterio de justicia o de equidad para mitigar o incluso eliminar los efectos de condena penal. Justicia y equidad cubren todo el espectro de consideraciones de carácter individual que pueden justificar la concesión de un indulto, y precisamente porque se basa en alguna de estas razones, no resulta arbitrario.

Pero la Ley de Indultos, al introducir la utilidad pública, prevé también un motivo de carácter general que trasciende las circunstancias individuales de las personas condenadas. El criterio de utilidad pública es un concepto jurídico indeterminado que solo puede especificarse y adquirir sentido en términos políticos. El motivo de utilidad pública equivale, en realidad, a decisión política: el órgano titular de la facultad de indulto considera que la remisión, total o parcial, de la pena impuesta por un tribunal, es conveniente para conseguir ciertos objetivos<sup>9</sup>. Y este juicio de oportunidad solo puede realizarlo, a efectos de conceder o no el indulto, el órgano que tiene atribuida esta facultad.

El hecho de que el tribunal deba hacer constar en su informe si aprecia la concurrencia de motivos de utilidad pública no enturbia esta conclusión: el tribunal expresa su opinión (entendiendo que debería hacerlo de forma limitada y circunscrita a sus funciones, lo que reduce muy notablemente el ámbito de su pronunciamiento en este aspecto), pero esta no es concluyente ni definitiva, no es decisoria ni vincula al Gobierno; y además, no tiene por qué proyectarse sobre la conveniencia política de la concesión o denegación de un indulto, (sino exclusivamente sobre los aspectos que sean propios de la jurisdicción), pues ello supondría claramente un desbordamiento de sus funciones. Por tanto, el Gobierno puede considerar, bajo la perspectiva de la utilidad pública, elementos y aspectos no solo no considerados por el tribunal sentenciador que en puridad este no debería contemplar, sino también hacerlo en un sentido completamente distinto al modo en que lo ha hecho el tribunal, en caso de que este se haya pronunciado al respecto. El criterio político del Gobierno, la apreciación que haga en un caso concreto de la utilidad pública de la concesión de un indulto, constituye propiamente un juicio de oportunidad político en sentido estricto que solo a él le corresponde y que no puede ser reemplazado por el de ningún otro órgano, incluido el tribunal sentenciador o el tribunal a quien competa el control judicial de esta decisión.

### 3.3. CONTROL POLÍTICO Y CONTROL JUDICIAL. EN ESPECIAL, LA AUSENCIA DE ARBITRARIEDAD

El ejercicio de la facultad de indultar, como todas las actuaciones del Gobierno, se halla sometido a control. Hay, desde luego, un control de carácter político, en la medida en que el Gobierno responde en general de su gestión política, dentro de la que cabe situar esta facultad, ante el Congreso de los Diputados (art. 108 CE). Por tanto, a través de los instrumentos correspondientes de control parlamentario, incluyendo su máxima expresión, la moción de censura, cabe exigir la responsabilidad política del Gobierno por el ejercicio de esta facultad.

Desde el punto de vista jurídico, la cuestión más problemática es, además, si cabe un control judicial de la facultad de conceder el indulto. La respuesta que ha venido dándose es que, en la medida en que el ejercicio de tal facultad está sometido por ley a ciertos procedimientos y formalidades, cabe en efecto el control judicial de su cumplimiento. Aplicando la doctrina del control de los elementos reglados de los actos políticos (si no se considera obsoleta esta categoría, o de los actos de ejercicio de potestades políticas o incluso de los actos discrecionales en general), el Tribunal Supremo ha considerado tradicionalmente, al menos a partir de la Constitución de 1978, que podía controlar la legalidad de los elementos reglados de los indultos: fundamentalmente, procedimiento y forma, incluyendo los requisitos y los límites que establecen la Constitución y la Ley de Indultos<sup>10</sup>. En cambio, esta doctrina tradicional del Tribunal Supremo consideraba que el control judicial no se extendía a la propia decisión sobre el indulto ni a su motivación. Expresivamente, la STS de 29 de mayo de 2013 declaró que el alcance del control jurisdiccional sobre los acuerdos de indulto no se extiende «[...] a los defectos de motivación ni, por supuesto, a la valoración de los requisitos de carácter sustantivo».

Sin embargo, poco tiempo después de dictar esta resolución, el mismo Tribunal Supremo, en la Sentencia de 20 de noviembre de 2013, modificó esta doctrina y admitió la posibilidad de «[...] controlar el ejercicio del derecho de gracia desde la perspectiva de la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos»<sup>11</sup>. Hay que tener en cuenta, de entrada, que se trataba de un recurso contra la concesión de un indulto (no contra su denegación, que son la mayoría), y en un caso extremo: el indulto parcial de un condenado por un delito de conducción con grave desprecio para la vida de los demás en concurso ideal con un delito de homicidio y un delito de lesiones, además de varias faltas: se trataba de una persona que había circulado a gran velocidad por una autopista en sentido contrario hasta que colisionó con otro vehículo, ocasionando la muerte del conductor de este y lesiones a su acompañante y a los ocupantes de otros vehículos con los que encontró a su paso, habiendo rechazado el tribunal que le condenó que actuara bajo una crisis epiléptica, como alegó el individuo. En este caso, y a pesar de que el TS reafirma el carácter discrecional de la facultad de concesión del indulto y la no exigencia de motivación en los términos establecidos para los actos administrativos, acaba concluyendo que puede ejercer un control desde el punto de vista de la interdicción de la arbitrariedad, pues todos los poderes públicos se hallan sometidos a este principio constitucional (art. 9.3 CE). Con ello, el TS dio un salto

cuantitativo y transitó del control meramente formal de los elementos reglados a un control sustantivo que se adentra en las razones del indulto.

Este nuevo tipo de control judicial no se extiende «[...] sobre el núcleo esencial de la gracia (decisión de indultar o no indultar)» ni sobre «[...] las razones que se contengan en los diversos informes y actuaciones que consten en el expediente», pero sí examina «[...] si las “razones de justicia, equidad o utilidad pública” —que necesariamente deben de constar en el Acuerdo y que pueden responder a muy distintas causas (que pueden ir desde las carácter penitenciario o social a las de carácter personal o familiar)—, cuentan con apoyo real reconocible en los elementos reglados o formales que componen el expediente». Se trata de comprobar que «[...] de esa “tramitación documentada” se desprendan las tan citadas “razones de justicia, equidad o utilidad pública”, legalmente exigibles, pues, de otra forma, la absoluta inutilidad del expediente de indulto resultaría clamorosa». La misma sentencia sigue argumentando en estos términos: «[...] entre la intocable decisión de la concesión —o denegación— de un indulto, tras el seguimiento del procedimiento establecido (en el que ha de constar la solicitud de los preceptivos informes y los demás elementos reglados), y la especificación en el Acuerdo de concesión de las “razones de justicia, equidad o utilidad pública” —variadas y sin posibilidad de discusión desde una perspectiva jurisdiccional—, se nos presenta como exigible un proceso lógico que no puede resultar arbitrario, y del que ha de desprenderse que las expresadas razones no son una construcción en el vacío». Y concluye: «Se trata pues de un control meramente externo, que debe limitarse a la comprobación de si el Acuerdo de indulto cuenta con soporte fáctico suficiente —cuyo contenido no podemos revisar— para, en un proceso de lógica jurídica, soportar las razones exigidas por el legislador, pudiendo, pues, examinarse si en ese proceso se ha incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica».

Esta importante sentencia —discutida, por otra, parte en diversos aspectos, como muestran los votos particulares que se formularon contra la misma— introduce, pues, un control judicial sustantivo de la racionalidad del ejercicio de la facultad de indulto (aplicable, debe entenderse, cuando este ha sido concedido), que consiste esencialmente en comprobar la conexión lógica entre los argumentos de justicia, equidad o utilidad pública expresados en el expediente y la decisión (positiva) de otorgar el indulto. Por tanto, se trata de verificar que consten tales argumentos en el expediente, aunque sin posibilidad de valorar su contenido, y que la decisión de concesión del indulto sea coherente o guarde una conexión lógica con los mismos. Por ello, en realidad estamos ante un control sustantivo pero externo que, a pesar de entrar en la sustancia del indulto, en la medida en que considera sus motivos, es en gran parte formal y no puede conducir de ningún modo a revisar materialmente el acierto, la oportunidad o la bondad de los argumentos esgrimidos, pues ello supondría sustituir la valoración del Gobierno, órgano titular de la facultad, por la del tribunal revisor. Si se han expresado en el expediente los motivos de justicia, equidad o utilidad pública que se han considerado, sin que el tribunal pueda entrar a valorarlos, y si la decisión de indultar guarda una relación lógica con los mismos, debe considerarse que no se trata de una actuación arbitraria.

Este control externo de racionalidad, que debe coexistir con la discrecionalidad en el ejercicio de la facultad de indultar y la libre apreciación de los motivos que justifican su

concesión, explica el tipo de decisión que adopta el TS cuando entiende que la decisión del Gobierno ha sido arbitraria: en caso de que haya sido concedido, no anula en realidad el indulto, sino que concede al Gobierno un plazo para que reconsidere o subsane su actuación. Así es como cabe entender que, en la referida Sentencia de 20 de noviembre de 2013, que anuló el Real Decreto de indulto, su ejecución se aplazara tres meses. Puede discutirse este fallo del TS, como hacen algunos votos particulares, pero no cabe duda de que con esta decisión se conjuga la discrecionalidad del Gobierno en la concesión o no de los indultos y el control judicial para asegurar que esta decisión no sea arbitraria.

Cuanto se ha dicho hasta aquí resulta relevante en relación con los indultos concedidos a los condenados a penas de prisión por la STS 459/2019. Todos estos indultos se han concedido, según expresan los correspondientes Real Decretos, «[...] atendiendo a las circunstancias del condenado (o en su caso condenada) y, en particular a los motivos de utilidad pública que se exponen en la propuesta del ministro de Justicia», y porque «[...] se estima que concurren las citadas razones de utilidad pública». Por tanto, se recurre al motivo de la utilidad pública para justificar la decisión de indultar y se remite la argumentación acerca de la concurrencia de esta causa al expediente, que contiene la propuesta del ministro de Justicia. En esta, que no se publica en el BOE pero que es accesible a la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que debe conocer los recursos interpuestos, se desarrollan ampliamente los argumentos en torno a la utilidad pública de conceder el indulto —que solo puede ser parcial, al contar con el informe desfavorable de la Sala Segunda del Tribunal Supremo como tribunal sentenciador—, argumentos que, esencialmente, se basan en la conveniencia política de saldar las penas de prisión para propiciar la apertura de una nueva etapa de diálogo que encauce el conflicto de Cataluña. Se trata, sin duda, de una motivación política que el Gobierno, y solo él, puede aducir para justificar los indultos. En caso de revisión judicial, como efectivamente ocurre en este supuesto en virtud de los recursos planteados, el Tribunal Supremo, en aplicación de su doctrina, solo puede verificar si se expresan los motivos que conducen al Gobierno a considerar que concurre la utilidad pública y si la decisión de indultar guarda una conexión lógica con los mismos. Ambas cuestiones han sido tratadas con especial esmero en la propuesta del ministro que figura en el expediente, que es tan consciente de la doctrina del TS que la reproduce ampliamente, de tal modo que, en aplicación de la misma, puede concluirse que la concesión de los indultos satisface plenamente los requisitos de motivación y de racionalidad que se exige al ejercicio de la facultad de indulto.

Naturalmente, a esta conclusión no puede oponerse el hecho de que los Informes del TS como tribunal sentenciador y del Ministerio Fiscal sean desfavorables a la concesión de los indultos, porque, afirman, no aprecian la concurrencia de razones de justicia, equidad o utilidad pública. En tales Informes aparecen algunas consideraciones sobre la conducta de los condenados, especialmente sobre lo que se denomina falta de arrepentimiento, y sobre los límites de la facultad de indulto, especialmente el previsto en el art. 102.3 CE, a las que me referiré después. Pero es claro que tales Informes no son vinculantes para el Gobierno (solo le impiden otorgar el indulto total) y, ello al margen de que no corresponde al Ministerio Fiscal ni al tribunal sentenciador entrar a valorar los eventuales motivos de utilidad

pública que puedan concurrir en el caso, o, al menos, no con carácter general<sup>12</sup>. Se trata de una valoración política, como se ha dicho, que desborda el ámbito de las funciones del Ministerio Fiscal y de los tribunales, y que únicamente puede realizar el Gobierno. Solo una interpretación muy amplia de estas funciones permitiría incorporar consideraciones sobre la utilidad pública de los indultos, pero siempre limitados a lo que se considere próximo a la jurisdicción, como la política criminal o los efectos preventivos generales de las penas. En ningún caso pueden realizar valoraciones sobre la utilidad pública que vayan más allá, pues exceden claramente la naturaleza de su función.

La racionalidad de los indultos que se desprende de la valoración política realizada por el Gobierno en este caso, además, no solo no puede contradecirse —ni siquiera discutirse de igual a igual— por los tribunales, sino que se ve reforzada por la coincidencia con otras valoraciones políticas expresadas por diversas instituciones representativas en el ámbito interno y europeo que, aunque no dispongan de ninguna intervención en la facultad de indultar, sí pueden expresarse políticamente. Aunque en aplicación del canon de la interdicción de la arbitrariedad, que es de lo que se trata, no sean en absoluto necesarias para justificar la racionalidad de la decisión política de indultar, resultan muy relevantes para apoyar los argumentos acerca de la utilidad pública de los indultos concedidos las opiniones favorables manifestadas por el Congreso de los Diputados<sup>13</sup> y la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa<sup>14</sup>, a las que hay que sumar también las de diversas entidades sociales de muy distinto signo como el Círculo de Economía de Barcelona<sup>15</sup>, la Conferencia Episcopal Tarraconense y la propia Conferencia Episcopal Española<sup>16</sup>. No cabe duda de que, a partir de todo lo expuesto, la decisión de indultar a los condenados por la STS 459/2019 no puede calificarse de ningún modo como arbitraria. Una eventual anulación de estos indultos supondría un claro desbordamiento de la función jurisdiccional, una imposición de la valoración política de la Sala Tercera del TS sobre la del Gobierno, el Congreso de los Diputados y la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

#### 4. ALGUNAS CUESTIONES ESPECÍFICAS EN RELACIÓN CON LOS INDULTOS DE LOS CONDENADOS POR LA STS 459/2019

Creo que las cuestiones fundamentales que presentan los indultos que nos ocupan son las que he tratado sintéticamente en los apartados anteriores: la legalidad de su motivación política y el tipo de control judicial al que pueden someterse. No obstante, en este caso hay también otras cuestiones de interés que han generado controversia y que quisiera examinar muy brevemente.

##### 4.1. LA PROHIBICIÓN DE AUTO INDULTOS EX ART. 102.3 CE

En primer lugar, creo que es bastante claro que no puede aplicarse a este caso la prohibición que establece el art. 102.3 CE, que limita tanto el ámbito subjetivo como objetivo de los indultos.

En efecto, el art. 102 CE dispone que el indulto no será aplicable al presidente y a los demás miembros del Gobierno por los delitos de «traición» o «[...] cualquier delito contra la seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones», estableciendo así un límite expreso a la facultad del Gobierno de conceder indultos a sus miembros por determinados delitos que ha sido calificado a veces como una prohibición de conceder autindultos. La cuestión no tendría mayor trascendencia en este caso de no ser porque los Informes del Ministerio fiscal y del Tribunal Supremo hacen referencia esta prohibición constitucional, dando a entender pudiera ser aplicable, y porque después esta posición ha sido asumida por algunos sectores políticos<sup>17</sup>, incluyéndola entre los argumentos para oponerse a la concesión de los indultos.

Sin embargo, las razones que impiden aplicar en este caso tal prohibición son, a mi juicio, claras. Por una parte, la exigencia de una interpretación estricta de las normas prohibitivas —reforzada en este caso además porque se trata de una norma no favorable— impide incluir en la prohibición a los miembros de los consejos de gobierno de las comunidades autónomas y, mucho menos aún, a personas que no ostentaban ningún cargo público en el momento de realizar las conductas que después han sido penalizadas. Las consideraciones que, con carácter general, incluyendo también a los Sres. Jordi Cuixart y Jordi Sánchez, realiza el Tribunal Supremo en este sentido, me parecen completamente injustificadas y fuera de lugar.

Por otra parte, es claro también que la exclusión se refiere solo a determinados delitos («traición» y delitos «contra la seguridad del Estado»), que no son la causa de la condena en la STS 459/2019, pues, descartada claramente la malversación de estas categorías, la sedición se incluye entre los delitos contra el orden público (Título XXII del Código penal), pero no entre los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la Defensa Nacional (Título XXIII) y ni siquiera entre los delitos contra la Constitución (Título XXI). Por tanto, no concurren en este caso los presupuestos subjetivos y objetivos de la prohibición contenida en el art. 102.3 CE.

## 4.2. LA ALEGACIÓN DE FALTA DE ARREPENTIMIENTO

En segundo lugar, hay que notar que la «falta de arrepentimiento» se usa con profusión en los Informes del TS y de la Fiscalía para oponerse a la concesión de los indultos. Esta alusión, como ya se ha dicho, enlaza con los argumentos esgrimidos por el propio TS cuando anuló la concesión de ciertos regímenes de cumplimiento de las penas acordados por la Administración penitenciaria (régimen flexible del art. 100.2 del Reglamento Penitenciario y tercer grado), que aludían a la necesidad de seguir tratamientos penitenciarios de reeducación y de reinserción conectados con los delitos por los que se les condenó (especialmente, el de sedición), y a la necesidad de reconocer el delito, condiciones ambas para obtener la aplicación de regímenes penitenciarios más favorables<sup>18</sup>.

De acuerdo con la Ley de Indultos, el tribunal sentenciador debe valorar en su informe diversos extremos referidos a la conducta individual del condenado, y «[...] especialmente las pruebas o indicios de su arrepentimiento que se hubiesen observado» (art. 25 Ley Indulto). En este caso, la valoración de esta circunstancia presenta algunas particularidades

importantes. La primera, muy llamativa, consiste en que el TS atribuye ciertas conductas a todos los condenados, de forma indiscriminada y colectiva, es decir, sin individualizar, como si fueran un solo y único sujeto. Ya se ha hecho referencia antes a esta cuestión, que resalta más aun cuando se trata de valorar algo tan vinculado a la conducta de cada persona como su «arrepentimiento», y que no puede justificarse en el hecho de que los condenados no hayan respondido a la llamada del TS para aportar información personal al expediente, pues dicha información hubiera podido obtenerse de otras fuentes, y mucho más en el caso de personas con una considerable relevancia pública que han estado expuestos constantemente a los medios. Pero la segunda resulta aún más significativa y problemática: cómo se entiende el arrepentimiento en este caso y cómo se valora en relación con la conducta —genérica— de los condenados para justificar la oposición al indulto.

El Tribunal Supremo afirma: «[...] esta Sala no puede hacer constar en su informe la más mínima prueba o el más mínimo indicio de arrepentimiento. Ni siquiera flexibilizando ese requerimiento legal y liberando su exigencia de la necesidad de un sentimiento de contrición por el hecho ejecutado, podríamos atisbar una voluntad de reencuentro con el orden jurídico menoscabado por el delito. El mensaje transmitido por los condenados en el ejercicio del derecho a la última palabra y en sus posteriores declaraciones públicas es bien expresivo de su voluntad de reincidir en el ataque a los pilares de la convivencia democrática [...]».

Obviando ahora la muy discutible caracterización del arrepentimiento, sea lo que sea, como un «requerimiento legal del indulto», lo cierto es que para el TS el arrepentimiento se manifestaría si los condenados expresaran una determinada posición política o ideológica: una «[...] voluntad de reencuentro con el orden jurídico menoscabado». Esto constituye ya un juicio de valor sobre la conducta de los condenados que resulta extremadamente subjetivo, y, en todo caso, muy distinto del que realiza el ministro de Justicia en su propuesta de indulto, que analiza de forma detallada actuaciones y declaraciones concretas e individuales de los mismos. Pero, sobre todo, en esta posición late una exigencia de cambio ideológico de los condenados, aunque se diga que ello no es así<sup>19</sup>. No se trata de que estos reconozcan los hechos y acepten sus consecuencias penales, como es obvio que ha sucedido, incluyendo las responsabilidades económicas, sino también de que modifiquen su visión sobre estos mismos hechos. La diferencia esencial entre el TS y los condenados en esta causa no está en la determinación de los hechos, sino en su naturaleza: para el TS, se subsumían en el delito de sedición; para los condenados, se trataba de un ejercicio de derechos fundamentales, especialmente la libertad de reunión y manifestación y de expresión, vinculada a los derechos de participación política, garantizados para quienes ostentaban cargos representativos por la inviolabilidad parlamentaria. En este contexto, el arrepentimiento exigido consiste en la aceptación de la concepción del TS, y no solo de su autoridad y de las consecuencias de su decisión.

Ciertamente, el TS, al resolver las cuestiones previas, había rechazado en su Sentencia 459/2019 que los hechos enjuiciados pudieran justificarse como ejercicio de derechos fundamentales. También el Tribunal Constitucional, cuando ha resuelto los recursos de amparo contra la misma, ha confirmado esta posición<sup>20</sup>. Pero ello no significa que los

condenados no puedan legítimamente sostener otra concepción ni que esta no pueda ser razonable, como se desprende de los votos particulares a estas mismas sentencias del Tribunal Constitucional<sup>21</sup>. Las concepciones del TS y de los condenados sobre la naturaleza de los hechos no se encuentran, ciertamente, en el plano jurídico, en pie de igualdad, ni tienen, obviamente, las mismas consecuencias, como muestran las largas condenas a prisión que conlleva la sentencia del TS. Pero ello no implica que el TS ni ningún otro órgano o institución puedan pretender modificar la de los condenados, haciendo que admitan como delictivas conductas que ellos entienden justificadas en el ejercicio de derechos fundamentales. Como ha indicado el Síndic de Greuges de Catalunya, exigir que adopten el punto de vista del TS o que manifiesten otra posición vulnera su libertad ideológica<sup>22</sup>.

### 4.3. EL CARÁCTER PARCIAL DE LOS INDULTOS: LA NO REMISIÓN DE LA PENA DE INHABILITACIÓN ABSOLUTA

En tercer lugar, hay que considerar muy brevemente el carácter parcial de la concesión de los indultos, que remiten las penas de privación de libertad pendientes de cumplimiento, pero no la de inhabilitación absoluta que también les había impuesto la STS 459/2019, por el mismo tiempo de las penas de prisión. De este modo, las personas indultadas siguen privadas de los «[...] honores, empleos y cargos públicos, aunque sean electivos» y sometidos a la «[...] incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos y la de ser elegido(a) para cargo público durante el tiempo de la condena». Tratándose de condenas de entre 9 y 13 años de prisión, ello supone que estas personas, todas ellas con una larga trayectoria de dedicación política y, en la mayor parte de los casos, también institucional, quedan apartadas durante un largo período de tiempo de la vida pública institucional.

Los motivos de utilidad pública esgrimidos para la concesión de los indultos, que incidían esencialmente en la necesidad de abrir una nueva etapa política y de restablecer los canales de comunicación con Cataluña, y que resaltaban el papel político destacado que juegan en Cataluña las personas indultadas, hacen pensar si no hubiera resultado congruente con estos motivos remitir también esta pena, aunque tal remisión fuera parcial, por imperativo legal, al contar con el informe desfavorable del tribunal sentenciador. Apartar a estas personas de la vida política institucional, incluyendo los cargos representativos, no solo les afecta a ellas —con un considerable impacto personal, además, dada su trayectoria—, sino también a los ciudadanos que se sienten representados en sus posiciones políticas. Además, y en la medida en que esta inhabilitación, incluyendo la privación del sufragio pasivo, no impide su participación en la vida política fuera de las instituciones públicas, pueden producirse situaciones paradójicas y de difícil gestión.

### 4.4. EL CONDICIONAMIENTO DE LOS INDULTOS

Finalmente, cabe hacer una alusión al condicionamiento que se establece en los Reales Decretos de indulto que se están considerando. Estos disponen que el indulto se concede

«[...] a condición de que no vuelva a cometer delito grave» en un plazo que oscila, según los casos, entre los tres y los seis años».

Admitiendo la posibilidad de establecer condiciones a la concesión de indultos, posibilidad reconocida en la propia Ley (art. 15 y 16), no deja de resultar sorprendente, a la vista de su justificación en los motivos de utilidad pública, que puedan quedar sin efecto por conductas que nada tienen que ver con la actividad política o, en general, pública de los afectados. Porque, en efecto, la mención a los «delitos graves» —asumiendo que se trata de delitos que tienen anudadas penas calificadas como graves por el art. 33.2 del CP<sup>23</sup>— remite a conductas de muy diversa naturaleza, la mayor parte de las cuales no guarda relación alguna con las actividades públicas. Tampoco se trata de asegurar un comportamiento cívico ejemplar, apartado del delito, por parte de los indultados, pues ningún reproche se les ha hecho en este sentido. Más bien al contrario, se trata de un condicionamiento que no guarda relación ni con las penas indultadas ni con los motivos de utilidad pública alegados para justificar los indultos y que, por ello, no solo es incongruente, sino que podría generar situaciones bastante incomprensibles y perturbadoras si en el futuro se produjera una eventual condena por una conducta que nada tuviera que ver con la vida política, pero que comportara una resolución del indulto y, por tanto, un posible reingreso en prisión, o un alargamiento considerable del tiempo de prisión si la nueva pena impuesta lo fuere de privación de libertad.

## 5. LOS INDULTOS DEL *PROCÉS* EN SU CONTEXTO: LA NECESARIA DESPENALIZACIÓN DEL CONFLICTO POLÍTICO DE CATALUÑA

Los indultos de los condenados a prisión por la STS 459/2019 se producen en el marco de un conflicto político sobre el que hay también otras causas judiciales abiertas que afectan a un considerable número de personas. Se hace difícil, por ello, pensar que los motivos de utilidad pública esgrimidos para justificar estos indultos deban limitarse a estos nueve casos. Estos indultos obligan a plantear también otras situaciones, entre las que destacan, aunque no son las únicas, la de los exiliados. Para finalizar estas páginas quisiera realizar algunas observaciones sobre esta cuestión, que puede plantearse en general en términos de despenalización del conflicto político de Cataluña, y que, a mi entender, la concesión de los nueve indultos no ha zanjado, sino que va a seguir estando presente en el debate, jurídico y político en torno a este conflicto. Cada uno de los elementos que se señalan a continuación merece un examen mucho más extenso del que aquí resulta posible realizar. Por ello, me limitaré a hacer algunas observaciones en torno a los mismos, referidas especialmente a la presencia que puedan tener en el debate futuro.

La primera cuestión que cabe plantear, creo, es la situación de aquellas personas que, estando encausadas por los mismos hechos, se hallan en el exilio<sup>24</sup> y, por tanto, no han podido ser juzgadas. La Ley del Indulto excluye de la facultad de indultar a los procesados que no hayan sido condenados por sentencia firme y a los que no estuvieren a disposición del tribunal sentenciador para el cumplimiento de la condena (art. 2). Sin embargo, de

acuerdo con la misma Ley, esta exclusión no opera respecto de determinados delitos. La Ley original de 1870 excluía en su art. 3<sup>25</sup> los delitos contra la Constitución y contra el orden público (entre estos últimos se encuentran los de rebelión y de sedición<sup>26</sup>), y la reforma introducida por la Ley 1/1988<sup>27</sup> mantuvo estos delitos, entre los que quedaban excluidos de los requisitos de condena firme y encontrarse a disposición del tribunal<sup>28</sup>, siguiendo así la tradición histórica respecto de la facultad, de carácter netamente político, de indultar los delitos de rebelión y sedición. Por ello, no existe impedimento legal para conceder un indulto avanzado a aquellas personas que se hallan procesadas en España por los mismos hechos, calificados por el TS como delitos de sedición. Es más, no dejaría de resultar extraña la celebración, si finalmente se produjera, de un juicio penal a estas personas, sabiendo que, en buena lógica, por los mismos motivos de utilidad pública, iban a ser indultadas. Incluso en el caso de que el Gobierno de aquel momento decidiera no indultar —algo posible, dado el carácter discrecional del indulto—, la situación resultante no dejaría de ser muy problemática.

En segundo lugar, hay que considerar la posible reforma o incluso la eventual supresión del delito de sedición en el Código Penal. Su actual configuración legal debe mucho a la tradición autoritaria histórica española y presenta graves problemas de compatibilidad con las garantías constitucionales democráticas, como ha sido denunciado por una parte de la doctrina<sup>29</sup> y en algunas resoluciones del Tribunal Constitucional<sup>30</sup>. No podemos examinar aquí los problemas relativos a la taxatividad del tipo delictivo y a la proporcionalidad de la pena, que son las dos grandes cuestiones que suscita la actual regulación del delito de sedición, y tampoco el (sin)sentido de su inclusión en el Código Penal de una sociedad democrática moderna, pero no cabe duda de que los bienes jurídicos que legítimamente pueda proteger esta figura penal pueden ser tutelados por otros medios de un modo mucho más claro, previsible, proporcional y respetuoso con los derechos fundamentales y las prácticas propias de las sociedades democráticas.

Finalmente, en el debate sobre el conflicto de Cataluña aparece la cuestión de la amnistía. Desde luego, esta resolvería con carácter general (naturalmente, si se proyectara sobre todos los hechos acaecidos alrededor del referéndum del día 1 de octubre de 2017) la situación judicial de todas las personas con condenas o causas pendientes por estos hechos, con ventajas evidentes sobre los indultos: estos deben ser individuales y su concesión es discrecional por parte del Gobierno (con lo cual no hay un derecho al indulto ni puede exigirse jurídicamente una igualdad de trato respecto de otros casos), mientras que la amnistía es general y se aplica a un colectivo indeterminado de personas en relación con ciertos hechos. Además, sus efectos son definitivos y permanentes y borran la consideración penal de los hechos, y no solo sus efectos punitivos, y aun parcialmente, como es el caso de los indultos. El indulto remite a la idea de perdón, y el perdón presupone el delito. De ahí las reticencias morales que algunos han expresado, y que explican, significativamente, por ejemplo, que los indultos concedidos mediante los Reales Decretos 456 a 464/2021, de 22 de junio, no hayan sido solicitados por los condenados por la STS 459/2019, o que estos hayan rechazado intervenir directamente en el expediente, como les ofreció el Tribunal Supremo, pues, como se ha dicho ya, sostienen la íntima convicción de que su actuación estaba justificada

por el ejercicio de derechos fundamentales, incluida la representación política. La amnistía, en cambio, apela al olvido y supone un *fresh start* que permite inaugurar un tiempo nuevo.

Las razones de los indultos concedidos pueden ser también las que justificarían una amnistía. La inclusión de la utilidad pública como motivo fundamental del indulto y los argumentos utilizados para justificar esta utilidad pública —que no es sino, como se ha dicho, una valoración política— resultarían perfectamente congruentes con la aprobación de una amnistía, que no debería buscar sus fundamentos mucho más allá de los motivos de utilidad pública ya esgrimidos para la concesión de los indultos. La decisión de amnistiar es una decisión política de primera magnitud que aplicaría con carácter general la misma solución que se ha adoptado ya para los nueve condenados por la STS 459/2019 y que se encaminaría, con mayor determinación y, probablemente, con mayores posibilidades de éxito, hacia los mismos objetivos a los que se dirigen los indultos.

La posibilidad de aprobar una ley de amnistía ha sido negada, no obstante, desde algunas posiciones jurídicas, que consideran que la Constitución no la permite y esgrimen el argumento principal de que esta no contempla tal posibilidad y que, además, prohíbe expresamente los indultos generales (art. 62 i), a los que se equipara una eventual amnistía. Estas consideraciones, sin embargo, pueden ser discutidas con fundamento, pues aunque resulte claro que la amnistía no forma parte del derecho de gracia *ex art. 62.i CE* y, por tanto, no puede ejercerse del mismo modo<sup>31</sup>, esta podría producirse con base en una ley, situándose en un plano completamente distinto. El hecho de su no previsión explícita nada dice, en principio, acerca de su admisibilidad constitucional, e incluso podría jugar a su favor. En efecto, las constituciones españolas, desde la del Sexenio Revolucionario de 1869, han distinguido entre las figuras del indulto general y la amnistía: la Constitución de 1869 exigía una ley especial para que el rey fuera autorizado para conceder «amnistías e indultos generales» (art. 74.5); en la de la Restauración, de 1876, desapareció esta exigencia legal especial, y la facultad de indultar se atribuyó al rey, sin mención a la amnistía, lo cual no fue obstáculo para que se aprobaran al menos diez durante su vigencia<sup>32</sup>; y la Constitución de la Segunda República, de 1931, distinguió expresamente los indultos generales (que se prohibieron, a la vez que los individuales se sometieron a un régimen restrictivo) y las amnistías, que solo podían ser acordadas por el Parlamento (art. 102). Por tanto, históricamente, norma fundamental ha distinguido entre indultos generales y amnistías, y cuando ha querido someter a estas a un régimen especial, lo ha establecido expresamente. Así, no solo no cabe incluir sin más la amnistía en la institución de los indultos generales, sino que la historia constitucional española obliga a diferenciar entre las dos figuras.

Ambas instituciones presentan, en efecto, numerosas diferencias, de carácter cualitativo, especialmente cuando la amnistía es acordada por ley. El indulto pertenece a la categoría de la gracia, que hoy se otorga solo con carácter individual y por motivos que, aunque también pueden ser de utilidad pública, como se ha visto, normalmente se fundamentan en las razones de justicia y equidad que se aprecian en un caso individual, mientras que la amnistía es una institución esencialmente política y de aplicación y efectos generales. En consecuencia, ambas figuras presentan características muy distintas: desde el órgano que las decide (Gobierno y Parlamento, respectivamente), la forma que adoptan (decreto y ley), su

fundamento y finalidad (motivos de justicia, equidad y utilidad pública, y motivos esencialmente políticos), su naturaleza jurídica (causa de extinción, total o parcial, de la responsabilidad penal, y derogación retroactiva singular de la ley penal), y sus efectos jurídicos (extinción anticipada de la responsabilidad penal y supresión retroactiva de la misma).

Por tanto, y debiendo establecerse una nítida distinción entre ambas instituciones, no puede predicarse sin más la equiparación de la amnistía con el indulto general y, por tanto, derivar la exclusión de la primera de la prohibición de la segunda en el sistema constitucional español vigente. Cuando menos, debe concederse que se trata de una cuestión debatible, que puede incluso contar con algunos precedentes bajo la vigencia de la Constitución de 1978<sup>33</sup>. Por ello, resulta muy sorprendente que, con argumentos exclusivamente jurídicos, se impida la tramitación de iniciativas de este tipo en el Parlamento<sup>34</sup>. Se trata de una cuestión política de gran trascendencia, pero en ningún caso de algo que pueda zanjarse exclusivamente en términos jurídico-constitucionales antes incluso de su planteamiento en sede parlamentaria. Impedir su debate en el Parlamento constituye un signo preocupante del estrechamiento cada vez más acusado del marco constitucional, y provoca una limitación del debate y la deliberación políticos que perjudica enormemente la función de representación que debe ejercer el Parlamento en una sociedad democrática.

## NOTAS

1. En el plano político hay que resaltar los pronunciamientos en contra de la concesión de estos indultos por parte de diversos partidos (en especial, Partido Popular, VOX y Ciudadanos), y la campaña de recogida de firmas llevada a cabo por el PP. Resulta también ilustrativa, en este sentido, la publicación de un manifiesto sobre los indultos por parte de un centenar de juristas, impulsado por la plataforma Consenso y regeneración (publicado en *Vox Populi* el 18 de junio de 2021).
2. Son conocidas las críticas a la figura del indulto por parte de Beccaria, Kant, Bentham y Feuerbach, entre otros. *Vid.* una síntesis de estas posiciones en Carracedo Carrasco (2028).
3. Guardando un evidente paralelismo con la inejecución de las sentencias en otros órdenes jurisdiccionales.
4. Sin embargo, en algún voto particular a la Sentencia 5997/2013, de 20 de noviembre, algún magistrado expresa su opinión en contra, pero no tanto en el sentido de que la concesión de indulto no deba ser motivada, sino de que tal motivación se contenga formalmente en el decreto de concesión (voto particular de J. Rodríguez-Zapata).
5. Algunos consideran, no obstante, que la reforma legal de 1988 excluyó la obligación de motivar (*vid.* C. (Aguado Renedo: 2001: 224 ss). Otros autores critican la reforma legal de 1988, por entender también que elimina, al menos formalmente, la exigencia de motivación en el decreto de concesión; *vid.* Pérez Francesch y Domínguez García (2002: 25 s.).
6. Enmienda n. 6 a la Proposición de Ley de modificación de la Ley de 18 de junio de 1870, al art. 30, presentada por el grupo socialista, cuya motivación dice escuetamente «Adaptación de terminología».
7. Como hace también un voto particular a la STS 5997/2013 (voto particular de E. Espín y de C. Picó).
8. Doctrina sintetizada en la STS 5997/2013, citada.

9. El voto particular de Díez-Picazo a la STS 5997/2013 indica expresamente el carácter político de la decisión de indultar como una de sus justificaciones.

10. Así, entre otras, SSTS de 20 de febrero, 9 de mayo y 29 de mayo de 2013; 11 de enero 2006; 2 de diciembre de 2005, 30 de enero de 2005; 16 de febrero de 2005; 3 de junio de 2004 y 27 mayo de 2003.

11. En el mismo sentido, después, se han pronunciado también otras SSTS (así, *v. gr.*, las SSTS de 27 de septiembre de 2016, 20 de marzo de 2018 y 26 de octubre de 2020).

12. No puede tratarse aquí específicamente el Informe emitido por el TS, de fecha 26 de mayo de 2021, pero no deja de ser sorprendente, de entrada, que sea conjunto para todos los condenados y que no trate muchos de los extremos que indica el art. 25 de la Ley del indulto en relación con cada uno de ellos, sino que, fundamentalmente, se explye en la defensa de su sentencia condenatoria, con consideraciones diversas acerca de la justicia y proporcionalidad de la pena, en atención a la gravedad de los hechos, sobre los que vierte numerosas valoraciones políticas, y sobre el castigo que merecen conductas similares, en su opinión, en el Derecho penal comparado. Sorprende también que, insistiendo en el argumento de la falta de arrepentimiento en el que basó en gran parte las resoluciones por las que denegó a los condenados la aplicación de determinados regímenes de cumplimiento penitenciario (régimen flexible del art. 100.2 del Reglamento Penitenciario y tercer grado), en este Informe atribuya también determinadas expresiones y conductas individuales —que valora como antidemocráticas, en un juicio netamente político— al conjunto de los condenados, de forma indiscriminada, y de ellas extraiga la conclusión, que aplica también por igual a todos, de que el indulto «[...] se presenta como una solución inaceptable para la anticipada extinción de la responsabilidad penal».

13. El Pleno del Congreso rechazó el 15 de junio de 2021 por una amplia mayoría (190 votos en contra) una moción presentada por el grupo parlamentario popular en contra de la concesión de los indultos.

14. Resolución 2381 (2021), adoptada el día 21 de junio de 2021, («Should politicians be prosecuted for statements made in the exercise of their mandate?», Informe del Comité de Asuntos Legales y Derechos Humanos, ponente Boris Cilevics).

15. *Vid.* prensa del día 16 de junio de 2021, sobre el 36 Encuentro anual del Círculo [en línea] <<https://www.lavanguardia.com/economia/20210616/7534967/cercle-economia-reunion-indultos-catalunya-presos.html>>, y <<https://www.expansion.com/catalunya/2021/06/16/60ca022de5fdea7f2a8b4659.html>>.

16. *Vid.* prensa del día 24 de junio de 2021, que se hace eco de esos apoyos [en línea] <[https://www.abc.es/sociedad/abci-conferencia-episcopal-apela-dialogo-cataluna-pero-desde-respeto-marco-juridico-202106241216\\_noticia.html](https://www.abc.es/sociedad/abci-conferencia-episcopal-apela-dialogo-cataluna-pero-desde-respeto-marco-juridico-202106241216_noticia.html)>.; y <<https://elpais.com/espana/2021-06-24/la-conferencia-episcopal-sobre-el-problema-catalan-no-vale-decir-yo-me-siento-esto-o-lo-otro-no-se-puede-elevar-el-sentimiento-a-categoria-juridica.html>>.

17. Intervención del diputado del grupo popular Sr. Rojas García en la sesión del Congreso de los Diputados del día 15 de junio de 2021, en defensa de la moción como consecuencia de la interpelación presentada por este Grupo «sobre la disposición del Gobierno a indultar a los condenados por el Tribunal Supremo a penas de prisión por sedición y otros delitos graves, así como a reformar ciertos tipos delictivos del Código Penal, todo ello como pago político a sus socios secesionistas». (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, n. 111, de 15 de junio de 2021, 67 ss.).

18. *Vid.* por todos el ATS de 22 de julio de 2020, en el recurso contra el otorgamiento del régimen flexible previsto en el art. 100.2 del Reglamento Penitenciario a la Sra. Forcadell.

19. El Informe sigue diciendo, a continuación del texto citado, que «[...] asumiendo incluso que la lucha por sus ideales políticos —de indudable legitimidad constitucional— autorizaría la movilización ciuda-

dana para proclamar la inobservancia de las leyes, la sustitución de la jefatura del Estado y el unilateral desplazamiento de la fuente de soberanía».

20. SSTC 121 y 122/2021, ambas de 2 de junio, sobre los recursos de J. Sánchez y de J. Cuixart, respectivamente, únicas dictadas hasta el momento en relación con estos casos.

21. Votos particulares de los magistrados J.A. Xiol y M.L. Balaguer

22. Informe del Síndic de Greuges «Afectació de drets en l'execució penitenciària de la sentència 459/2019 del Tribunal Suprem», de noviembre de 2020, esp. 20 ss.

23. Penas graves son, entre otras, las de prisión superior a cinco años, la de privación del derecho a conducir vehículos de motor por un tiempo superior a ocho años, la prohibición del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos por un tiempo superior a cinco años, o la prohibición de acercarse a la víctima o a sus familiares o de comunicarse con determinadas personas, por un tiempo superior a cinco años.

24. Exilio se define en el *Diccionario* de la RAE como: «1. Separación de una persona de la tierra en que vive. 2. Expatriación, generalmente por motivos políticos».

25. Art. 3: «Lo dispuesto en el artículo anterior no será aplicable a los penados por delitos comprendidos en los Capítulos 1º y 2º, Tít. 2º, Libro 2º, y Capítulos 1º, 2º y 3º, Tít. 3. del mismo Libro del Código Penal últimamente reformado».

26. Libro II, Título III (delitos contra el orden público), Capítulo primero (rebelión) y Capítulo segundo (sedición) del Código Penal de 1870 (Ley provisional autorizando el planteamiento del Código Penal reformado adjunto de 17 de junio de 1870, publicada en la Gaceta de Madrid de 31 de agosto de 1970, Suplemento al n. 243).

27. El nuevo art. 3 establece: «Lo dispuesto en el artículo anterior no será aplicable a los penados por delitos comprendidos en el capítulo I, secciones primera y segunda del capítulo II, y en los capítulos III, IV y V, todos del título II del libro II del Código Penal»

28. Libro II, Título II (delitos contra la seguridad interior del Estado), Capítulo III (rebelión) y Capítulo IV (sedición), del Código Penal de 1973 (Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el texto refundido del Código Penal), en versión vigente cuando se aprobó la Ley 1/1988. Las referencias legales que contiene el art. 3 vigente de la Ley del Indulto, redactado según la Ley 1/1988, deben entenderse, naturalmente, referidas al Código Penal vigente en aquel momento, y, por tanto, en la actualidad, a los delitos equivalentes en el Código Penal actual, que presenta una estructura y una clasificación diferentes.

29. *Vid.* García Rivas (2020: 135 ss.) y otros trabajos anteriores del mismo autor, que se pronuncia sobre el delito de sedición en el mismo sentido crítico.

30. Votos particulares a las SSTC 121 y 122/2021, cit.

31. Así, claramente, STC 147/1986, de 25 de noviembre, FJ 2.

32. Una abundante y precisa información sobre amnistías e indultos generales concedidos a lo largo de la historia constitucional española en Herrero Bernabé (2012: 163 ss.).

33. En efecto, aunque no se presenten formalmente como nuevas amnistías, tanto la Ley 1/1984, que consideró imprescriptibles las acciones en materia laboral que había establecido la Ley de amnistía de 1977 (y que puede considerarse una precisión de la misma, y no una nueva amnistía, como hace la STC 147/1986, cit.) como, sobre todo, la Ley Orgánica 3/2002, relativa a la insumisión al cumplimiento del

servicio militar obligatorio (cuya Disposición transitoria estableció que «[...] serán cancelados de oficio [...] los antecedentes penales derivados de dichos delitos incluso en el caso de sentencias totalmente ejecutadas», en lo que puede considerarse de hecho una amnistía), constituyen precedentes importantes en esta materia que, cuando menos, no autorizan a descartar completamente la amnistía en el sistema constitucional español actual.

34. Como ha sucedido con la Proposición de Ley orgánica de amnistía y resolución del conflicto político entre Cataluña y el Estado español, presentada por el Grupo Parlamentario Republicano y el Grupo Parlamentario Plural el 16 de marzo de 2021 e «inadmitida a trámite en términos absolutos».

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO RENEDO, César (2001): *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, Madrid: Civitas.
- ATIENZA, Manuel (2018): «Un indulto sin gracia», *Cuadernos sobre Jurisprudencia Constitucional*, 13, 2018.
- CARRACEDO CARRASCO, Eva (2018): *Pena e indulto: una aproximación holística*, Madrid: Aranzadi.
- FLIQUETE LLISO, Enrique (2017): «Indulto y poder judicial: ¿Un instrumento para la realización de la Justicia?», *Persona y Derecho*, 76.
- GARCÍA SAN MARTÍN, Jerónimo (2015): *El indulto. Tratamiento y control jurisdiccional*, Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás (2020): «Rebelión y sedición en la STS 459/2019: razones para una legítima discrepancia», en J.J. Queralt (dir.), *La sentencia del procés. Una aproximación académica*, Barcelona: Atelier.
- HERRERO BERNABÉ, Ireneo (2012): *El derecho de gracia: indultos*, Tesis doctoral, Madrid: UNED.
- PEDREIRA, Félix María (2020): *En defensa del indulto*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- PÉREZ FRANCESCH, Joan Lluís y Fernando DOMÍNGUEZ GARCÍA (2002): «El indulto como acto del Gobierno: una perspectiva», *Revista de Derecho Político*, 53.

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

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

LOS INDULTOS —A JUICIO— ANTE LA SALA TERCERA DEL SUPREMO  
PARDONS —IN TRIAL— BEFORE THE THIRD COURTROOM OF THE SUPREME COURT

*Matilde Carlón Ruiz*

*Catedrática de Derecho administrativo  
Universidad Complutense de Madrid*

RESUMEN

La reconducción a Derecho de la polémica suscitada por el otorgamiento de indultos a algunos de los condenados por el *procés* exige analizar los términos en los que la concesión de esta gracia está disciplinada en la aún vigente Ley del Indulto de 1870, así como la doctrina que ha venido perfilando la Sala Tercera del Tribunal Supremo acerca de sus márgenes para controlar su ejercicio por el Gobierno. La sustancia confesadamente política de estos indultos enfrentará al Tribunal Supremo con los límites de su propia doctrina, revelándose con ello las tensiones que el mantenimiento de esta figura impone en los principios mismos del Estado de Derecho.

PALABRAS CLAVE

Indulto, actos políticos, control de la arbitrariedad.

ABSTRACT

Bringing the controversy raised by the granting of pardons to some of those convicted of the *Procés* requires an analysis of the terms in which the granting of this grace is disciplined in the Pardon Law of 1870, which is still in force, as well as the doctrine that the Third Chamber of the Supreme Court has been outlining regarding its margins for controlling its exercise by the Government. The confessedly political substance of these pardons will confront the Supreme Court with the limits of its own doctrine, thereby revealing the tensions that the maintenance of this figure imposes on the very principles of the Rule of Law.

KEYWORDS

Pardon, political acts, control of arbitrariness.

DOI: [doi.org/10.36151/TD.2021.018](https://doi.org/10.36151/TD.2021.018)

# LOS INDULTOS —A JUICIO— ANTE LA SALA TERCERA DEL SUPREMO

Matilde Carlón Ruiz

Catedrática de Derecho administrativo  
Universidad Complutense de Madrid

**Sumario:** 1. Prefacio. 2. Algunas enseñanzas desde la historia. 3. Los parámetros para la concesión del indulto en el marco de la Ley de 1870. 4. La doctrina del Tribunal Supremo sobre el control del ejercicio de la prerrogativa de indulto: la STS de 20 de noviembre de 2013 como referente. 5. Los indultos del *procés* ante el Supremo. Notas. Bibliografía.

## 1. PREFACIO

El instituto del indulto, especie del género de la clemencia, ha sobrevivido a lo largo de los siglos como máxima expresión del poder y de la justicia hasta recalar, rompiendo costuras, en los modernos ordenamientos constitucionales. Pocos temas responden, probablemente, tan apropiadamente al par —tan simple y tan complejo a la vez— que da título a esta revista: teoría y Derecho.

Evidentemente, las páginas que siguen no pretenden ofrecer una visión de conjunto de la institución ni de su legitimidad o razón de ser en el Estado de Derecho. Estas cuestiones están, en todo caso, latentes cuando se trata de ofrecer una reflexión fundada sobre el alcance que verosímilmente cabe esperar del control que podrá llegar a ejercer la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre los indultos concedidos por el Consejo de Ministros a nueve de los condenados por su Sala Segunda por los sucesos acaecidos en Cataluña en el otoño de 2017. En el alcance real del control del ejercicio de esta «prerrogativa» —según la califica el propio texto constitucional— se juega verdaderamente el *aggiornamento* de una institución tan antigua como el poder.

El objetivo de estas reflexiones es, pues, indagar de la forma más desapasionada posible y desde la perspectiva del Derecho sobre el verdadero margen de control que le ofrece al Tribunal Supremo el ordenamiento y su propia jurisprudencia para conocer de los recursos ya planteados o que puedan llegar a plantearse contra los indultos concedidos. A fin de abordar este objetivo, y después de volver por un momento la vista al pasado para ofrecer algunos elementos a nuestra reflexión, nos detendremos en las coordenadas bajo las que la tramitación y, en su caso, la concesión de los indultos han quedado procedimentalizadas en la aún vigente Ley de 1870. Conocidos estos parámetros, podremos abordar los márgenes

con los que cuenta el Tribunal Supremo para controlar el ejercicio de esta prerrogativa tomando como referencia la posición sentada por el propio Tribunal en la no poco discutida Sentencia de 20 de noviembre de 2013 y en la sucesiva de 20 de marzo de 2018. A partir de las conclusiones que saquemos al respecto, podremos plantearnos de forma fundada, aunque no deje de ser un ejercicio de especulación, hasta dónde podrá llegar el escrutinio de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre los indultos concedidos.

## 2. ALGUNAS ENSEÑANZAS DESDE LA HISTORIA

Echar la vista atrás nos ofrece en este caso, como en tantos otros (si no en todos), algunas claves fundamentales para entender el sentido y alcance del instituto del indulto. Algunas de estas claves ofrecen, además, contrapunto dialéctico a ciertas cuestiones que han suscitado los indultos que son objeto de estas reflexiones.

Nuestra vigente Constitución atribuye al rey el ejercicio del «derecho de gracia» en unos términos sustancialmente iguales a los de la Constitución de 1869. En ambos casos se asigna, en efecto, al rey tal derecho, si bien reconduciendo tal prerrogativa a lo que establezca la ley: «con arreglo a la(s) ley(es)» es la fórmula empleada en ambos casos<sup>1</sup>, como lo fue ya en la Constitución de 1812 y, sucesivamente, en todas las Constituciones españolas —con las muy significativas excepciones del Estatuto Real de 1834 y la Constitución de la Segunda República<sup>2</sup>—. La Ley de 1870, que, aún vigente, regula el ejercicio del derecho de gracia se aprobó, pues, para acotar y procedimentalizar el ejercicio de una prerrogativa real que en formulación casi idéntica se sigue atribuyendo al rey en la Constitución vigente.

Que el legislador democrático, en 1988, al introducir modificaciones puntuales —aunque en algún extremo distorsionadoras— en la redacción original, viniera a hacer suyos los parámetros de aquella ley decimonónica —que, conviene advertirlo, sirvió igualmente para el ejercicio de tal prerrogativa por el dictador Franco<sup>3</sup>— no nos ha de hacer olvidar que el ejercicio del derecho de gracia le corresponde constitucionalmente al rey, y no al Gobierno, siendo así que la ley a la que el vigente 62. i) CE remite para ahormar el ejercicio por el rey del derecho de gracia bien pudiera desapoderar al Gobierno, total o parcialmente, de facultades al respecto, residenciando tal facultad en las Cortes o el poder judicial, como se ensayó, de hecho, fugazmente durante la Segunda República<sup>4</sup>.

Esta apreciación parece oportuna en el plano constitucional, pero no permite discutir hoy, asumida la vigencia de la Ley de 1870 en su redacción modificada en 1988 —y, más modernamente, y de forma puntual, en 2015<sup>5</sup>—, que corresponde al Consejo de Ministros pronunciarse sobre la concesión o denegación de los indultos<sup>6</sup>. Y ello a pesar de que la Ley del Gobierno —aprobada como Ley 50/1997— no haya refrendado expresamente tal competencia gubernamental, que solo puede considerarse integrada a través de la cláusula residual del art. 5.1 k).

Esta es seguramente una prueba más de la incomodidad con la que se conducen todos los poderes públicos que en el Estado moderno, bajo el paradigma del principio de

separación de poderes, se ven violentados por el ejercicio de una prerrogativa cuya razón de ser histórica suponía el ejercicio más pleno del poder a secas. El derecho de clemencia, como prerrogativa del soberano que decidía libremente perdonar como excepción al previo ejercicio por él mismo del derecho (el poder) de juzgar, se enfrenta con severas dificultades cuando transita hacia el Estado de Derecho, en el que su ejercicio implica excepcionar lo decidido mediante sentencia por el poder judicial y, en último término, imponer una derogación singular de la ley que establece con carácter general los tipos penales. Si es el Gobierno, como ocurre en España en el marco de la Ley de 1870, el que ejerce materialmente esa prerrogativa, las dificultades se sitúan en el vértice mismo del principio de división de poderes, y su vuelta de tuerca es el alcance del control jurisdiccional sobre el ejercicio de tal prerrogativa por aquel.

Esta constatación se hace manifiesta a la vista de la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre los márgenes de su propia competencia para controlar la concesión de indultos —que no, en rigor, como veremos, su denegación—. En ella, como adelantamos, centraremos nuestras reflexiones para poder establecer las coordenadas que hacen plausible el control que pueda llevar a cabo el Alto Tribunal sobre los indultos concedidos el pasado mes de junio a algunos —no todos— los condenados por el *procés*. Y ello sin dejar de hacer una reflexión última desde el pasado.

La historia nos enseña también que los indultos han tenido un escenario natural de juego a favor de los condenados por rebelión. La propia Ley del Indulto de 1870, en el febril XIX español, asume con naturalidad —e incluso facilita— la fórmula del indulto a los condenados por rebelión<sup>7</sup>, enlazando con una larga tradición histórica que en España encuentra referentes bien conocidos como el «gran perdón» —selectivo— de Carlos V a los comuneros y que en Cataluña se reeditó históricamente en más de una ocasión, la más cercana en el caso de Companys durante la Segunda República<sup>8</sup>. Tener esto en cuenta pone de manifiesto que la concesión de los indultos que nos ocupa está lejos de significar, en vía de principio, un uso espurio de esta prerrogativa para un fin para que el jamás hubiera sido aplicada. Otra cosa es que ello dé fe del anacronismo, no ya de las condenas, sino de las actuaciones que dieron lugar a las mismas: eso queda a juicio del lector.

### 3. LOS PARÁMETROS PARA LA CONCESIÓN DEL INDULTO EN EL MARCO DE LA LEY DE 1870

Un breve repaso de los requisitos y las exigencias procedimentales con que se configura la tramitación de los indultos en la Ley de 1870 en su redacción hoy vigente es imprescindible para comprender el alcance con que pueda llegar a desplegarse el control judicial de su ejercicio.

Desde los puntos de vista objetivo y subjetivo, la concesión de los indultos está muy poco condicionada. Tanto por lo que hace a sus requisitos como a su posible alcance y —lo cual es clave— a su justificación. Eso no quiere decir, sin embargo, que sea una facultad

libérrima, solo disciplinada desde el punto de vista procedimental, como ha sostenido tradicionalmente la jurisprudencia.

La Ley de 1870 no prevé ninguna limitación objetiva para la concesión del indulto. Esto es así hoy por hoy, y a pesar de los intentos más o menos recientes de excluir algunos tipos, muy particularmente los delitos de rebelión y sedición, según postuló el Grupo Popular en el Congreso, muy significativamente, en octubre de 2020<sup>9</sup>. Otra cosa es que sobre este principio se impone la limitación que fija la propia Constitución, *ex art.* 102.3, respecto a los propios miembros del Gobierno y sobre la que habrá ocasión de abundar.

El art. 1 de la Ley dispone que los condenados por cualquier clase de delitos podrán ser indultados. Y decimos los condenados porque el indulto solo puede ser concedido cuando se haya dictado sentencia firme, respecto de quienes estén efectivamente a disposición del tribunal sentenciador para cumplir su condena y siempre y cuando no reincidan en la comisión del mismo delito o de otro por el que hubiesen sido condenados por sentencia firme (art. 2). Bien es verdad que esta última condición puede verse excepcionada cuando, a juicio del tribunal sentenciador —de él y no del Gobierno—, «[...] hubiere razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública para otorgarle la gracia» (art. 2.3): retengamos esta expresión, que se nos hará familiar. Y que el art. 3 generaliza la excepción —en relación con todos los extremos del art. 2— precisamente para quienes sean penados por una serie de delitos relativos a la seguridad interior del Estado —entre ellos, los de sedición y rebelión—<sup>10</sup>. Conviene tenerlo presente<sup>11</sup>.

La posibilidad, apuntada en el art. 1, de que el indulto sea total o parcial se hace expresa en el art. 4, que identifica uno y otro contemplando como indulto parcial la fórmula de la conmutación de la pena o penas impuestas por otras menos graves. A partir de ahí, la Ley hace una serie de precisiones sobre el posible alcance del indulto, empezando por la que supone la obligatoriedad de especificar tal alcance —a riesgo de incurrir en «nulidad»— (art. 5). Se advierte del carácter implícito del indulto de las penas accesorias a la principal, salvo por lo que hace a las de inhabilitación para cargos públicos y derechos políticos, que solo podrán indultarse de forma expresa (arts. 6 y 13) y se abre la posibilidad general de deslindar penas principales y accesorias a efectos del indulto (art. 7). No otra cosa que las penas, en fin, pueden quedar condonadas por el indulto —no lo serán ni la responsabilidad civil ni las costas, según disponen los arts. 6 y 9—. Solo las penas, tal y como tuvo ocasión de precisar el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de febrero de 2013<sup>12</sup>, en la que anuló la cláusula que en el indulto concedido a dos banqueros declaraba para ellos inaplicable la previsión reglamentaria que anuda a la concurrencia de antecedentes penales —el indulto no los elimina, por cuanto elimina la pena, pero no el delito— la carencia del requisito de honorabilidad necesario para ejercer labores de administración bancaria.

El art. 11 reserva solo para el indulto total la exigencia de que concurran a favor del penado «[...] razones de justicia, equidad o utilidad pública, a juicio del tribunal sentenciador», mientras el art. 12 —formulado en términos residuales— descarta tal exigencia para los indultos parciales. Siguiendo la literalidad de la norma, solo en el caso del indulto total deberían concurrir las señaladas razones de «justicia o conveniencia pública de la concesión»<sup>13</sup> —según el par clásico al que acertadamente reconduce la exposición de mo-

tivos el elenco de posibles causas justificativas<sup>14</sup>—, dado que es al tribunal sentenciador, y solo a él, a quien compete apreciarlo, siendo su criterio vinculante para el Gobierno. En lectura *a contrario*, el indulto parcial no requeriría justificación alguna en esos términos.

En la ya mencionada STS de 20 de noviembre de 2013, el Tribunal Supremo ha extendido, como veremos, al indulto parcial la exigencia de justificación bajo los señalados parámetros, una conclusión seguramente más acorde con la necesaria juridificación del ejercicio de esta singular facultad en el Estado de Derecho, pero que hubiera merecido alguna reflexión específica del Alto Tribunal ante la dicción de los preceptos. Volveremos sobre ello. De lo que no ha de caber duda es de que, en los casos de indulto parcial, el criterio del tribunal sentenciador no ha de resultar vinculante, tal y como advertiremos seguidamente.

Son condiciones «tácitas» de todo indulto, sea total o parcial, «[...] que no cause perjuicio a tercera persona, o no lastime sus derechos», y que haya sido oída la parte ofendida en el caso de los delitos privados (art. 15). Que sea oído no implica que sea necesario el «perdón» del ofendido, tal y como se exigía en la redacción original de la Ley, siempre solo en el caso de delitos privados<sup>15</sup>, y, antes y ahora, tampoco es requisito para la concesión del indulto que el condenado haya expresado su arrepentimiento. Aquellas y ninguna otra son condiciones de los indultos, a salvo las que puedan imponerse específicamente en cada indulto según —de nuevo— «[...] la justicia, la equidad o la utilidad pública aconsejen» (art. 16). El incumplimiento de estas condiciones específicas puede determinar la revocación del indulto, según se extrae, en sentido inverso, de la previsión del art. 18<sup>16</sup>.

Si estos son los —limitados, pero no inexistentes— condicionantes sustantivos, desde el punto de vista procedimental la concesión de indultos queda disciplinada en el Capítulo tercero de la Ley.

El procedimiento puede iniciarse a través de tres vías. A instancia de un particular, no necesariamente el penado o sus parientes (arts. 19 y 22); a propuesta del Tribunal sentenciador, el Tribunal Supremo o el fiscal ante cualquiera de ellos (arts. 20, 27 y 28); o de oficio (arts. 21, 27 y 28<sup>17</sup>). Aunque los preceptos no impongan condicionamiento alguno a ninguno de los supuestos, no deja de ser significativo que en la exposición de motivos del proyecto de ley se vinculara la iniciativa del tribunal sentenciador estrictamente a razones de justicia y equidad —en coherencia con lo que dispone el vigente art. 4.3 CP—, sin mención alguna a la conveniencia o utilidad pública, que parece reconducirse más propiamente a la iniciativa gubernamental<sup>18</sup>.

En todo caso, corresponderá al ministro de Justicia —no ya al de *Gracia* y Justicia como significativamente aparecía en la redacción original de la Ley 1870 en correspondencia con la denominación entonces asentada del Ministerio— la tramitación del oportuno expediente<sup>19</sup>, en la que se requerirá informe del «tribunal sentenciador» (art. 23), salvo que se trate de indultos parciales consistentes en la conmutación de pena en determinados delitos, particularmente —de nuevo— los de rebelión y sedición (art. 29)<sup>20</sup>. A aquel corresponderá también la ejecución del indulto en el caso de que se conceda (art. 31).

El tribunal sentenciador —que será el que haya fijado definitivamente la pena en caso de recurso, según ha dejado sentado la STS de 17 de marzo de 2014<sup>21</sup>— recabará informe del

jefe del establecimiento penitenciario sobre la conducta del condenado y oirá «después» al fiscal y a la «parte ofendida», si la hubiere (art. 24). Estos elementos se sumarán a su propio informe, cuyo contenido se desglosa en el art. 25: en él se harán constar, «siendo posible»<sup>22</sup>, datos personales del penado como su edad, estado y profesión, su fortuna, sus méritos y antecedentes, en particular los penales, con especial atención a los extremos relativos a las circunstancias de cumplimiento de las penas impuestas, así como al tiempo de prisión preventiva en que hubiese permanecido durante la causa, la parte de condena cumplida y 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». El informe deberá integrar cualesquiera otros datos que puedan servir «para el mejor esclarecimiento de los hechos» —dice con cierta inercia procesalista el precepto, en la que abunda el art. 26 al precisar que el informe deberá integrar la hoja histórico-penal del condenado y el testimonio de la sentencia ejecutoria—, y concluirá con el propio dictamen del tribunal sobre la «justicia o conveniencia» —he aquí el ya mencionado par— de la concesión de la gracia y de la forma en que haya de concederse, en su caso.

Se trata, en definitiva, de un informe del tribunal sentenciador, que a los elementos fácticos acompaña un dictamen propio sobre la «oportunidad» —digámoslo genéricamente— de la concesión del indulto sin que, como tal, sea vinculante para el Gobierno, salvo en el caso de los indultos totales<sup>23</sup>, aunque, como veremos, resulte *condicionante* a la luz de la última doctrina del TS.

La concesión de los indultos se hará, dice el art. 30 lacónicamente, en Real Decreto, que será publicado en el BOE. La redacción vigente del precepto, introducida por la Ley de 1988 por lo que se justificó como mera adaptación terminológica, desconoce la exigencia expresa de motivación, lo que implica un intenso efecto regresivo que la jurisprudencia no tuvo recato en respaldar hasta la STS de 20 de noviembre de 2013<sup>24</sup>. La práctica posterior viene cumpliendo con fórmulas rituarías tal exigencia, apartándose de los buenos argumentos con lo que hace casi 150 años se justificaba apelando al «[...] fin de que consten siempre las razones que le movieron a ejercer la prerrogativa constitucional» y razonando —en lo que se refiere a su debida publicación— que «[...] los Gobiernos que se inspiran en el cumplimiento de sus deberes no temen la publicidad y el juicio de la opinión». De ello parecía hacerse partícipe el grupo parlamentario socialista en el Congreso cuando en septiembre de 2016 incorporó en su propuesta de ley de reforma de la de 1870 la expresa exigencia de motivación<sup>25</sup>.

Lástima que un año antes, en 2015, no se aprovechara la propia Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal, para reintroducir expresamente en el art. 30 esta elemental exigencia de la mano de la introducción de una Disposición adicional que cierra el texto, en aplicación de la cual el Gobierno presenta al Congreso de los Diputados un informe semestral sobre la concesión y denegación de indultos cuyos datos se presentan por el subsecretario de Justicia ante la Comisión de Justicia. Bienvenida sea la transparencia en sede parlamentaria, por más que —amén de que se agota en sí misma, pues la Comisión no hace sino darse por informada— no suple la debida expresión en la publicación de cada indulto concedido de las razones que avalan su concesión.

#### 4. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL CONTROL DEL EJERCICIO DE LA PRERROGATIVA DE INDULTO: LA STS DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2013 COMO REFERENTE

Un repaso de las sentencias dictadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en relación con las concesiones o denegaciones de indultos pone de manifiesto la extrema incomodidad que genera el tratamiento de la cuestión. De ello dan testimonio elocuente los múltiples votos particulares que han acompañado a las sentencias más significativas en la materia: en particular, la reiteradamente citada de 20 de noviembre de 2013, que marcó un antes y un después<sup>26</sup>. Pero tanto o más que ello, las ambigüedades, particularmente dogmáticas, en las que se debate —dicha esta expresión en su sentido más pleno— la posición del Alto Tribunal.

Esta advertencia de partida impone un análisis pormenorizado de las sentencias recaídas en la materia que, en cuanto tal, evidentemente excede de la ambición y oportunidad de estas páginas. Es posible, sin embargo, extraer algunas líneas claves de tal jurisprudencia que nos orienten en el objetivo propuesto de anticipar con qué criterios —y, en último término, en un ejercicio de especulación, con qué alcance— la Sala Tercera del Tribunal Supremo podrá llegar a pronunciarse sobre los indultos concedidos a los condenados en el *proceso*.

La gran mayoría de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en materia de indultos tienen por objeto resoluciones denegatorias. Ello obedece a una razón obvia: frente a estas recurren sin impedimentos los condenados insatisfechos, mientras que frente a las resoluciones estimatorias la infrecuente iniciativa de terceros se enfrenta, por añadidura, al problema de la legitimación<sup>27</sup>. Cuestión esta a la que el Tribunal ha respondido mediante la aplicación de su consolidada doctrina sobre la legitimación, declarando que está legitimado para recurrir contra la concesión de un indulto cualquiera que fuera parte en el proceso penal previo o en el procedimiento para la tramitación del indulto<sup>28</sup>, si bien no ha dejado de obviar este criterio en el caso de una asociación ecologista en atención, en último término, al reconocimiento de una acción popular en la materia<sup>29</sup>, no así en el caso de una asociación vinculada a la defensa de las víctimas de la violencia de género<sup>30</sup>. De esta doctrina habremos de partir al plantearnos la cuestión en relación con los indultos del pasado junio.

El desequilibrio señalado encuentra también reflejo en la propia doctrina del Tribunal Supremo. De modo que la doctrina plana y lapidaria que venía reiterándose en tantas ocasiones en las que el TS había de conocer de desestimaciones de indultos se ha visto cuestionada, en el seno del propio Tribunal, en las contadas ocasiones en las que el objeto del recurso era la concesión de un indulto, ofreciendo soluciones *ad casum* que no permiten reconocer, a día de hoy, una posición acabada sobre la cuestión.

El Tribunal Supremo había venido apoyando sus monolíticas desestimaciones de los recursos interpuestos contra denegaciones de indultos en una doctrina muy elemental que, de forma pragmática, huía de profundidades dogmáticas. A la afirmación de la inexistencia de un derecho al indulto, se anudaba la consideración de que su concesión «[...] es un derecho de gracia no susceptible de control judicial más que en lo que a algunos aspectos

se refiere», limitando estos a los meramente procedimentales y, muy en particular, a los relativos a la solicitud y emisión de los informes previstos en el Capítulo tercero de la Ley, insistiendo en su carácter preceptivo, pero no vinculante. En estos términos se pronunciaron múltiples sentencias que apelaban al carácter consolidado de esta doctrina<sup>31</sup>. En algunas de ellas se llegaba a negar taxativamente el carácter administrativo de estos actos<sup>32</sup>, particularmente para descartar que fuera exigible para ellos la obligación de motivación que impone la legislación administrativa<sup>33</sup>.

Instalado el Tribunal Supremo en esta cómoda doctrina, se vio por primera vez obligado a llevar a cabo una reflexión más profunda en diciembre de 2005, cuando hubo de conocer de un recurso contra la denegación de un indulto adoptada —eso sí— por un Gobierno en funciones. Esta circunstancia —que imponía ahondar en la naturaleza de la *potestad* de indulto, utilizada esta expresión conscientemente en sentido genérico— suscitó un intenso debate en la Sala —ilustrado por el cambio de ponente y la suma de votos particulares que disientían de la sentencia<sup>34</sup>—. La posición mayoritaria del Tribunal Supremo parte de que el acuerdo de denegación del indulto es un «acto del Gobierno» susceptible de control jurisdiccional en el marco del art. 2.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), lo que implica que podrá pronunciarse sobre «[...] la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes». Y ello —según se desprende del precepto— con independencia de cuál sea su naturaleza, incluso si se tratara de actos de «dirección política», lo que en el caso de autos reconduce el problema a valorar si un Gobierno en funciones puede resolver expedientes de indulto, según ello exceda o no el «despacho ordinario de los asuntos públicos», en los términos del art. 21.6 de la Ley del Gobierno.

Ceñido el debate a si concurría o no en el caso el «elemento reglado» de si el Gobierno en funciones era o no competente, en definitiva, para denegar el indulto en cuestión, las circunstancias del caso —se trataba de la denegación de un indulto «en masa»— condujeron al Tribunal a la conclusión de que «[...] el acuerdo del Consejo de Ministros que resuelve una solicitud de indulto no es, *en principio*, dadas las características con las que está concebido en nuestro ordenamiento jurídico, un acto idóneo para trazar la dirección política que la Constitución asigna al Gobierno» (FJ 10). Afirmación esta en la que el matiz «en principio» cobra todo el sentido si lo proyectamos al caso de los indultos que nos ocupan, cuya hipotética concesión por un Gobierno en funciones muy difícilmente conduciría a la misma conclusión. Este contraste pone en evidencia algo que late en la propia Ley de Indultos, expresado en el par «justicia o conveniencia pública» como posible justificación alternativa a los indultos. Y es que no cabe duda de que en función de dicho par se puede concluir que hay indultos e indultos, dado que la carga *política* en la adopción de los segundos en absoluto está presente en los primeros, por más que en unos y otros nos encontremos ante actos gratificables, como de hecho recuerda la propia sentencia que glosamos para recordar que no existe un derecho al indulto.

Estas apreciaciones no contradecían, conviene advertirlo, la doctrina ya consolidada, que el TS siguió aplicando mediante el recurso invariable a la tesis de la no exigibilidad

de motivación, tesis basada en el argumento de la inaplicabilidad de la entonces vigente Ley 30/1992 por no tratarse de actos administrativos<sup>35</sup>. Las crecientes alegaciones de vulneración del principio de igualdad en supuestos de denegación de indultos se respondían lapidariamente afirmando que no se aportaban términos de comparación válidos.

Como hemos avanzado, el punto de inflexión vino dado por la STS de 20 de noviembre de 2013. El mismo año, justamente nueve meses antes, el Tribunal ya había tenido ocasión conocer de una concesión de indulto, abriendo una primera brecha en la monolítica doctrina *noli me tangere*. En su sentencia de 20 de febrero de 2013, según anticipamos, el Tribunal Supremo llegó a anular parcialmente el decreto que concedió el indulto a dos banqueros por cuanto en el mismo se había incorporado una cláusula eximente de la aplicación de unas previsiones reglamentarias que impedían el ejercicio de actividades de administración bancaria a los que contaran con antecedentes penales, que el indulto no elimina. Sin perjuicio de afirmar que el indulto es una «[...] prerrogativa que pertenece a la categoría de actos graciables cuya concesión o denegación es libérrima para el poder público titular de la misma» (FJ 7), el Tribunal superó así el criterio del control meramente procedimental para adentrarse en el contenido mismo del indulto. No en la legitimidad de su concesión, sino en la delimitación de su alcance a la luz de los límites que al efecto impone la Ley de 1870 (F J 8).

En este planteamiento, el Tribunal descarta que estemos en presencia de una potestad administrativa, asumiendo que se trata de un «acto político», un acto político —eso sí— bien distinto de «[...] aquellos que son propios del Gobierno en su función de dirección política del Estado, en los que la ley no prefigura normalmente ni su extensión ni su contenido y solo la Constitución les da cobertura» (FJ 10). Esta afirmación resulta coherente con la apelación al valor justicia: la resolución declara que el indulto se justifica «[...] en el intento de consecución de la justicia material del caso concreto» (FJ 9 y el propio 10, con cita del ATC 360/1990). Pero, en sus términos taxativos, viene a desconocer ese otro gran espacio de la «utilidad» o la «conveniencia pública» que la propia Ley de 1870 contempla como criterio habilitante para el ejercicio del derecho de gracia, empapándolo, sin duda, de consideraciones de dirección política, cuando no convirtiéndolo directamente en instrumento de la misma, como demuestran los indultos del *procés*.

El paso dado en febrero de 2013 por la Sección Sexta de la Tercera del Tribunal Supremo —en todo caso, relativo, como lo demuestra que las sucesivas sentencias de 9 y 29 de mayo insistieran en el carácter libérrimo de la decisión misma de conceder o no el indulto, no siendo exigible su motivación<sup>36</sup>— le resultó insuficiente a la Sala en Pleno, convocada por su presidente en otoño de 2013, para resolver un nuevo recurso contra la concesión de un indulto. Este mismo dato da fe del debate suscitado en el seno del Tribunal, en lo que abunda el cambio de ponente —que significativamente era, en principio, Lesmes Serrano, como lo fue de la Sentencia de 20 de febrero— y el extraordinario número de votos particulares que acompañan a la sentencia, algunos de ellos concurrentes.

En su sentencia de 20 de noviembre de 2013, el Tribunal Supremo en Pleno, aun por una mayoría limitada, concluyó que el control jurisdiccional sobre los indultos puede alcanzar a ese núcleo decisorio hasta entonces considerado intangible, por cuanto la pros-

cripción de la arbitrariedad que el art. 9.3 CE proyecta sobre todos los poderes públicos convierte en ilegítima la concesión de indultos que incurra en «[...] error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica» en función de las razones de «justicia, equidad o utilidad pública» que, a juicio del TS, deben hacerse expresas en el Real Decreto de indulto por exigencia del art. 11 de la Ley de 1870, más allá de que el art. 30 ya no exija la motivación de aquel<sup>37</sup>.

El lector atento recordará que este art. 11 se refiere exclusivamente al indulto total y deja en manos del tribunal sentenciador la valoración de esos extremos, siendo su criterio vinculante para el Gobierno. El Tribunal Supremo extrae, sin embargo, de este precepto una exigencia de motivación para cualesquiera indultos, totales o parciales —como era el caso de autos, en el que se indultó a un conductor kamikaze conmutándole la pena por una sensiblemente inferior—, y asume que el Real Decreto que conceda un indulto debe hacer expresas las razones de «justicia, equidad o utilidad pública» que avalan su concesión, siendo así que a él corresponderá ejercer un «control meramente externo» sobre el mismo, examinando si existe «coherencia lógica» entre las causas alegadas y los elementos fácticos que constan en el expediente, «[...] de suerte que cuando sea clara la incongruencia o discordancia de la decisión elegida (basada en las expresadas razones legales de “justicia, equidad o utilidad pública”), con la realidad plasmada en el expediente y que constituye su presupuesto inexorable, “tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico y más concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos —art. 9.3 de la Constitución-, que en lo que ahora importa, aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en causa de decisiones desprovistas de justificación fáctica alguna”» (FJ 8, con cita de sentencias previas sobre el control de la arbitrariedad *de la Administración*, eso sí).

Que el Tribunal Supremo, en una verdadera pirueta respecto de su doctrina anterior —de la que se hace eco sin mayor dialéctica—, busque embridar la actuación del Gobierno respecto de los indultos apelando al control de la arbitrariedad de los poderes públicos —en genérico, y no de la Administración, pues insiste en que no estamos en presencia de una potestad administrativa, con lo que descarta que pueda aceptarse cualquier alegación de desviación de poder (FJ 6.5º)<sup>38</sup>—, parece venir a suplir, doscientos años después, los recelos de los diputados doceañistas, que, temerosos de la «arbitrariedad» (*sic*) ínsita en el ejercicio de la facultad de indulto, vinculaban su mantenimiento al perfeccionamiento de la ley penal, por entender que solo debe actuar excepcionalísimamente frente a la aplicación debida de aquella «si es justa». La «arbitrariedad consustancial» a la prerrogativa de indulto estuvo también muy presente en la tramitación de la Ley finalmente aprobada en 1870, en este caso —conviene advertirlo— para reivindicarla frente a los posibles excesos en su juridificación<sup>39</sup>.

Se llega, así, al núcleo duro del alcance posible del control sobre el ejercicio del derecho de indulto, lo que supone enfrentarse con la legitimidad misma de la institución en el seno del Estado de Derecho. Téngase en cuenta, además, que el control de la arbitrariedad conduce derechamente al control de las vulneraciones del principio de igualdad, que el Tribunal Supremo ha venido descartando antes y después de la sentencia que nos ocupa

apelando a la falta de identidad de los supuestos en presencia, cuando lo determinante es seguramente que no existe propiamente un derecho al indulto. Extremo este que el Tribunal ha venido a reiterar con posterioridad a la sentencia que glosamos en las no escasas ocasiones en las que se han recurrido denegaciones de indultos, algunas tan recientes como la resuelta por la STS de 21 de mayo de 2021, en la que se insiste en que las mismas no tienen que estar motivadas<sup>40</sup>.

No faltan tampoco ejemplos de sentencias posteriores que conocen de concesiones de indultos. En ellas cabe calibrar el verdadero alcance de este cambio jurisprudencial. De las tres que ha habido, todas estimatorias, dos se atienen a un criterio meramente formal: la falta de uno de los Informes exigidos por la Ley, en función de la precisión de que debe considerarse que corresponde emitirlo —como adelantamos— al tribunal de apelación o casación si es que hubiere modificado la pena impuesta en instancia<sup>41</sup>. Más interés tiene, sin duda, la STS de 20 de marzo de 2018, en la que el TS llega a dar un paso más en su doctrina a la vista de un Real Decreto de concesión de indulto otorgado por un Gobierno en funciones, extremo que valida mediante la doctrina que nos es conocida.

En este supuesto, el Tribunal basa su estimación en un escrutinio sustantivo, y no meramente formal, del contenido del Real Decreto recurrido. De esta segunda condición podría tratarse en lo que se refiere a la censura que supone entender que, en la medida en que aquel apela rituariamente y sin precisión alguna a las razones de «justicia y equidad» que concurrirían en el caso, siendo los informes emitidos negativos, el Consejo de Ministros debió justificar qué concretas razones le habían animado a conceder el indulto. El Tribunal Supremo dota así a los informes emitidos en el procedimiento de indulto de un carácter «condicionante», que no vinculante, en coherencia con su nueva doctrina sobre el control de la arbitrariedad en la concesión de los indultos. De carácter sustantivo es, sin embargo, la censura que toma en consideración que el indulto anulado viene a sumarse a dos previos en los que, además, se impusieron condiciones que no habrían sido cumplidas, con lo que el Tribunal Supremo se adentra en apreciaciones sobre el núcleo mismo de la motivación del indulto, anticipando su propio criterio sobre la falta de legitimidad del mismo sin posible dialéctica con los motivos del Gobierno, que se desconocen<sup>42</sup>.

## 5. LOS INDULTOS DEL PROCÉS ANTE EL SUPREMO

Tal y como se ha explicado, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha fijado un canon para el control de las resoluciones del Consejo de Ministros de concesión de indultos que se asoma —e incluso parece querer llegar a traspasar— al núcleo mismo de su motivación.

En palabras de la STS de 20 de noviembre de 2013, «[...] entre la decisión de indultar (en modo alguno revisable jurisdiccionalmente) y la especificación de las “razones de justicia, equidad o utilidad pública” (legalmente exigibles), se nos presenta un espacio, jurisdiccionalmente “asequible”, por el que debe transitarse con los instrumentos de la

lógica jurídica». En el caso de la STS de 20 de marzo de 2018, este espacio fue transitado —cuando no franqueado— hasta el punto de anticipar criterios valorativos en contra de la concesión a falta de la explicitación de sus razones en el Real Decreto recurrido.

Esta doctrina se ha construido sorteando la cuestión de la naturaleza de la *prerrogativa* de indulto, que se acaba resolviendo, no sin contradicciones, más por negación que por afirmación. Particularmente, la STS de 20 de noviembre de 2013 insiste en que se trata de un acto discrecional del Gobierno, pero afirma que es irrelevante su consideración como «acto político» del Gobierno, a la par que se niega su condición de acto administrativo.

La relativización de la consideración del indulto como «acto político» se explica, sin duda, por el afán de enfatizar que, en el ordenamiento vigente, tal calificación no supondría nunca un blindaje frente al control judicial. Así se desprende del ya citado art. 2.a) de la LJCA, que, como corolario de una larga evolución normativa y jurisprudencial que la propia STS glosa, somete todos los «actos del Gobierno», «cualquiera que fuese [su] naturaleza», a un núcleo de control relativo a sus elementos reglados, a la protección de los derechos fundamentales que pudieran verse afectados y a la fijación de las indemnizaciones que pudiera corresponder<sup>43</sup>. No hay ya, pues, espacios exentos al control judicial de la actuación del poder ejecutivo: otra cosa es el grado de ese control, inevitablemente atenuado cuando el escrutinio se proyecta sobre actos de *sustancia* política.

Tener esto en cuenta es fundamental en el asunto que nos ocupa. Y ello porque, tal y como hemos anticipado, cuando se trata de ejercer la prerrogativa de indulto —lo que, sin duda, no es una potestad administrativa, y tampoco una genuina función de Gobierno, conviene recordarlo—, hay indultos e indultos y, en algunos casos —como en el de los que suscitan estas reflexiones—, en su otorgamiento hay una indudable carga de dirección política. En estos casos, la concesión del indulto se reconduce más propiamente a consideraciones de «conveniencia pública» más que de «justicia o equidad», presentes en la concesión de indultos dirigidos a la consecución de la justicia material del caso o la anticipación de las consideraciones de justicia general que abocan a una reforma legislativa.

Esta distinción de supuestos, que resulta latente en el par justicia *versus* conveniencia pública que la Ley del Indulto maneja con soltura, no ha sido perfilada —ni siquiera apuntada— por la doctrina del Tribunal Supremo. Recordemos simplemente su posición favorable a reconocer al Gobierno en funciones facultades para resolver, *en principio*, los expedientes de indulto. Ocasión no le faltó, sin embargo, para poner de relieve esta divergencia en el sustrato justificativo de los indultos, aunque fuera asunto de menor calado que el que suscita estas páginas, cuando hubo de conocer del caso de los indultos a los banqueros, que el Tribunal anuló solo en el «exceso» de contenido, pero no en la decisión misma —calificada de libérrima— de indultar.

Con todo, es significativo que, una vez dictada la STS de 20 de noviembre de 2013, todos los indultos concedidos, según la formulación de los correspondientes Reales Decretos publicados en el BOE, lo fueron por razones de «justicia y equidad». Los que se han otorgado a nueve de los condenados del *procés* —no a todos— son los primeros que incorporan la referencia a la «utilidad pública» en su motivación, aun exigua en el texto publicado<sup>44</sup>.

Efectivamente, amén de referirse, sin más, a las «circunstancias» del condenado, los nueve Reales Decretos publicados utilizan como fórmula de motivación la apelación a los «[...] motivos de utilidad pública que se exponen en la propuesta del ministro de Justicia». Motivación rituarial, en fin, que pudiera sufrir la censura del Tribunal Supremo en la estela de su sentencia de 20 de marzo de 2018 si no quisiera ver colmada la obligación de motivación con la remisión a la propuesta del ministro.

A la vista de las propuestas del ministro que han trascendido, los motivos de «utilidad pública» aducidos por el Consejo de Ministros para la concesión de los indultos son eminentemente políticos. De hecho, la propuesta pone el énfasis —intencionadamente— en la condición de acto político del indulto, y apela a la «concordia», a la «convivencia democrática» y al «diálogo». Sin dejar de resultar sorprendente la carga política —sustentada en apreciaciones de política interior— de un documento rubricado por el ministro de Justicia, lo que está claro es que tal planteamiento hace poco «asequible», jurídicamente, el control por parte de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que difícilmente podrá apreciar arbitrariedad, error manifiesto o irrazonabilidad en un espacio en el que las consideraciones estrictamente políticas —en términos de decisión pura— otorgan un margen de decisión libérrimo al Gobierno<sup>45</sup>. Dado que en este caso, por las razones en que se sustenta, la concesión del indulto es un acto *sustancialmente* político, su control difícilmente puede —y debe— exceder la esfera delimitada por el art. 2.a) LJCA, sin que parezca que en estos casos haya sido desconocida ninguna de las exigencias sustantivas y procedimentales determinadas por la Ley del Indulto para los indultos parciales, como es el caso.

Cosa distinta habría ocurrido si los motivos expresados por el Gobierno —en este caso, a través, paradójicamente, de la propuesta del ministro de Justicia— se hubieran movido en la órbita de la «justicia y equidad», espacio al que ciñe su informe —salvo alguna apreciación más arriesgada a vueltas con la aplicación al caso de la excepción del art. 102.3 CE<sup>46</sup>— la Sala Segunda del Tribunal en su condición de tribunal sentenciador. No podría ser de otra manera, porque al Tribunal Supremo no le corresponde hacer apreciaciones políticas, lo que redundaría en la consideración de acto materialmente político en este caso.

Recordemos que, según dejó sentado la STS de 20 de marzo de 2018, los informes del tribunal sentenciador son condicionantes para el Gobierno a la hora de otorgar un indulto parcial. Y lo son por cuanto el Gobierno debe motivar de forma reforzada la concesión de un indulto ante los informes negativos del tribunal sentenciador —y, en último término, del fiscal y la Administración penitenciaria, cuyos informes, como sabemos, se reconducen a los del Tribunal—, debiendo entrar en una imprescindible dialéctica que contraargumente las razones expuestas por aquel. En la medida en que en este caso el Gobierno se mueve en una esfera plenamente propia, política, ha evitado —probablemente de forma intencionada— dicha confrontación, que en este caso encontraría un espacio propicio, y especialmente delicado, en las razones de justicia «anticipativa» que plantearía la cuestión de la despenalización de la sedición<sup>47</sup>. Es este el ámbito al que voces autorizadas ciñen las posibilidades del indulto en el Estado de Derecho moderno, vinculándolo exclusivamente al juego de la anticipación en el caso concreto de una solución de debida generalización a través de la reforma que el Código Penal contempla —hoy— en su art. 4.3<sup>48</sup>.

Lo expuesto no es óbice para una consideración que se adentra también en los confines en los que la institución del indulto puede desenvolverse en el Estado moderno. Por más que los indultos concedidos se sustenten en razones estrictamente políticas, siendo el indulto de concesión individualizada, no deja de plantearse la cuestión del distinto trato dispensado a los condenados —para más condenados que los indultados se solicitó el indulto, según consta en el informe, llamativamente único, de la Sala segunda del TS— y de unos indultados respecto de otros en punto al plazo de la condición de no reincidencia, genérica, que se les impone a todos. Bien es verdad que el Tribunal Supremo ha venido insistiendo, como sabemos, en que no hay un derecho al indulto en tantos supuestos como, antes y después de la STS de 20 de noviembre de 2013, ha resuelto recursos contra denegaciones de indultos, pero una vez que esa misma sentencia introduce el ariete del control de la arbitrariedad en el escrutinio de las concesiones —que no denegaciones— de indultos, difícilmente podrá obviar tratamientos divergentes no justificados en razones plausibles. Como vimos, la idea misma de equidad lo exige.

A estas cuestiones deberá enfrentarse el Tribunal Supremo, en la medida en que se le susciten, al resolver los recursos que ya se le han planteado. Y ello siempre y cuando estos recursos no se inadmitan por razones de falta de legitimación. El Tribunal Supremo ya ha dictado varios autos denegando las peticiones de medidas cautelarísimas y cautelares presentadas por varios exparlamentarios catalanes pertenecientes al partido Ciudadanos y solo de cautelares presentadas por el partido VOX<sup>49</sup>. Aunque en unas y otras se aplica la doctrina conforme a la cual las cuestiones de legitimación no deben dirimirse en fase cautelar, en relación con la legitimación de VOX se han anticipado argumentos que ponen de manifiesto que la condición de fuera acusación popular en el proceso penal no se traduce en la legitimación para ser parte en el procedimiento del indulto, como de hecho se le denegó por la Sala Segunda del TS en auto de 6 de junio de 2021. La condición de exparlamentarios de los recurrentes de Ciudadanos que se postula para alegar su condición de víctimas no se tradujo, sin embargo, en su condición de partes ni en el proceso penal ni en el del indulto, extremo este que —en la doctrina de la Sala Tercera del TS, como nos consta— es determinante para admitir la legitimación. La proyección de esta doctrina sobre la legitimación del Partido Popular, que ha hecho pública la interposición de los respectivos recursos, conduce con más razón a dudar de su admisibilidad.

Estas dificultades desde el punto de vista de la legitimación podrían llegar a hurtar una ocasión única para que el Tribunal Supremo pule los perfiles de su doctrina sobre el control jurisdiccional de los indultos, planteándose frontalmente su alcance cuando el indulto es concedido por razones confesadamente políticas. Lo que late, en último término, es el problema de la incardinación en nuestro ordenamiento constitucional de una figura tan *desconcertante*, cuando no *irritante*, para los postulados del Estado de Derecho.

Si se admitiera que el indulto es una figura necesaria y conveniente, y que lo es —en particular, para ciertos casos— como instrumento netamente político, habría que aceptar que el control judicial sobre su concesión puede llegar hasta donde puede llegar —difícilmente más allá de los márgenes del art. 2.a) de la LJCA, de admitirse lo segundo— a riesgo de suplantar la esfera de acción del poder ejecutivo por el judicial. Un debate sereno sobre

su debido alcance sería casi imprescindible después del fragor de un caso tan inevitablemente polémico como el que ha suscitado estas reflexiones, debate que debe residenciarse, en último término, en el legislador, que 150 años después de que se aprobara la Ley del Indulto —bien razonable en sus propios términos, conviene decirlo— debería verse intimado a tomar el testigo.

## NOTAS

1. En los términos del art. 62 i) de nuestra vigente Constitución, corresponde al rey «[...] ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales», mientras que el artículo 73. Sexto de la Constitución de 1869 reconocía al rey el derecho «[...] a indultar a los delincuentes, con arreglo a las leyes, salvo lo dispuesto relativamente a los ministros». La posibilidad de conceder indultos generales se contemplaba, con todo, en el artículo siguiente, condicionada a la aprobación de una ley especial (apartado Quinto).

2. Así lo hace notar Requejo Pagés (2001), ilustrando los enjundiosos términos en los que en 1812 se debatió la constitucionalización de una prerrogativa cuyo mantenimiento y debida asignación al rey no fueron discutidos.

3. A tal fin, el Decreto de 22 de abril de 1938 confirmó la vigencia de la Ley de 1870, si bien descartando la intervención del Consejo de Estado en los expedientes y reivindicando la «potestad de clemencia» como una facultad irrenunciable del soberano, es decir, de Franco.

4. Conviene consignar que en la Constitución de 1931 el indulto particular se residenció con carácter general en el Tribunal Supremo, debiendo solicitarlo el tribunal sentenciador, reservándose para el presidente de la República el indulto en el caso de los delitos castigados con la pena de muerte. Esta previsión constitucional excepcional es la que determinó que fuera el presidente de la República, y no el Tribunal Supremo, el que concediera el indulto a Companys, según recordaremos, toda vez que había sido condenado a muerte.

5. En 2015 se introdujo en la Ley una disposición adicional para habilitar, en sede parlamentaria, un mecanismo de transparencia del ejercicio de esta prerrogativa por el Gobierno, si bien sin márgenes para un verdadero control. A ello nos referiremos posteriormente.

6. En rigor, esta conclusión estaba también presente en el momento de aprobación de la Ley en 1870, según refiere Requejo Pagés (2001: 93).

7. Los requisitos subjetivos para la concesión del indulto y, en particular, el que impide su concesión a los reincidentes, quedaban —y quedan— excepcionados para «los reos de los delitos de sedición y rebelión», al decir de la exposición de motivos del proyecto de ley: «La naturaleza de los delitos de esta clase, el carácter y condiciones de la sociedad de nuestra época, y aun altas consideraciones de gobierno, demuestran la necesidad de esta excepción». A ello se suma, en el art. 29, la posibilidad de su concesión como indulto parcial por conmutación de pena sin requerir informe del tribunal sentenciador. Que el propio presidente del Gobierno proponente de la ley, el Sr. Ruiz Zorrilla, fuera él mismo reo de dichos delitos ofrece un dato bien significativo al respecto.

8. Linde Paniagua (1976: 14, en nota) refiere este y otros supuestos bajo la consideración de «amnistías políticas».

9. *Vid.* Proposición de ley presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso el 2 de octubre de 2020 (BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 115-1, de 02/10/2020, p. 1), que fue

rechazada por el Congreso el pasado 29 de junio (BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-115-2 de 28/06/2021, p. 1). El Grupo Parlamentario Socialista, por su parte, cuatro años antes, también intentó acotar el ámbito objetivo del indulto, en este caso proponiendo la modificación del art. 3 a través de la Proposición de Ley presentada en el Congreso el 9 de septiembre de 2016 (BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 20-1, de 09/09/2016), para excluir la concesión del indulto «[...] cuando se trate de delitos cometidos por una autoridad en el ejercicio de su función o cargo público, o prevaliéndose del mismo» —eso sí, con una concreta finalidad: la de «[...] obtener un beneficio económico para sí o para tercero»—, o «[...] cuando la condena sea por delito relacionado con la violencia de género». A esta previsión se unían nuevas redacciones para los arts. 5, 11 y 30 con la finalidad de acotar y reforzar la exigencia de motivación de los indultos, en particular totales, en los términos que se enunciarán oportunamente. La proposición de ley decayó, finalmente, por agotamiento de la legislatura.

10. La Ley de 1988 modificó este artículo 3 para establecer sustancialmente la correspondencia en el seno del entonces vigente Código Penal de 1944 con los delitos identificados en la redacción original de la Ley, referidos al recién aprobado Código Penal del mismo 1870. No es descartable que la traslación de estas previsiones al texto del Código Penal hoy vigente pueda llegar a plantear puntualmente dudas.

11. Ello implicará, en particular, que la reincidencia en este delito no impedirá indultos sucesivos, lo que anima a traer a colación los elocuentes argumentos de la exposición de motivos del proyecto para justificar el requisito de no reincidencia que se establece como regla: «[...] porque no son dignos de la gracia, que si se les otorgase produciría el funesto efecto de favorecer la impunidad y de alentar al delincuente en la senda del crimen».

12. STS 546/2013.

13. El legislador maneja indistintamente las expresiones «conveniencia» y «utilidad» pública. Aunque esta segunda pueda resultar más equívoca, es la que se utilizó en las Cortes de Cádiz como causa justificante del indulto en una elocuente intervención del Diputado Gómez Fernández que quedó reflejada en el Diario de Sesiones (p. 2.086) en los siguientes términos: «Fue del parecer de que debía aprobarse el artículo conforme está, pues que en él se previene que el rey debe usar de esta facultad con arreglo a las leyes; y como en estas se señalen los casos en que puede haber lugar a los indultos, a saber: cuando lo exigen la necesidad ó utilidad pública, ó por razón de algún acontecimiento favorable, etc., dijo que no corría peligro que procediese el rey con los indultos con la arbitrariedad (*sic*) que se había supuesto».

14. Si nos atenemos a la tercera acepción de la RAE, equidad no es otra cosa que «[...] justicia natural, por oposición a la letra de la ley positiva», con lo que no ha de extrañar que en el término justicia se pueda integrar el sentido de la equidad a la que igualmente apela la Ley del Indulto. Incluso si se encuentra en este término el matiz que, vinculándolo con el principio de igualdad y no discriminación, se refleja en la acepción quinta: «Disposición del ánimo que mueve a dar a cada uno lo que merece».

15. La formulación vigente procede del Real Decreto-Ley de 6 de septiembre de 1927, si bien con la eliminación por la Ley de 1988 de la referencia a los indultos generales, por coherencia con el texto constitucional. Que tal exigencia solo es aplicable en caso de los delitos privados insiste la STS de 17 de febrero de 2010 (STS 547/2010).

16. Que dice: «La concesión del indulto es por su naturaleza irrevocable con arreglo a las cláusulas con que hubiere sido otorgado». Será causa de revocación, en todo caso, el incumplimiento por el penado de la pena impuesta por el indulto a cambio de la que le fue conmutada en el caso de indultos parciales, según establece el art. 14.

17. A estos expedientes el art. 28 —en la redacción introducida por la reforma de 1988— les dota de carácter preferente cuando haya conformidad del Ministerio Fiscal, el establecimiento penitenciario y el ofendido. De hecho, la razón de ser de la reforma no era otra que agilizar la tramitación de los indultos de

este tipo, que se solicitaban de forma creciente, lo cual no deja de encerrar la gran paradoja de mecanizar la vía de excepción cuyo sentido, en pos en este caso de la justicia y la equidad, es anticipar *ad casum* la solución que demanda su generalización mediante una reforma legal.

18. En las propias palabras de la exposición: «Los mismos tribunales, al cumplir la severa misión de aplicar la ley, y aun el fiscal encargado de pedir su cumplimiento, podrán proponer el indulto del sentenciado cuando crean que la justicia o la equidad pueden sufrir agravio por el inflexible rigor del precepto escrito». Recordemos la acepción de equidad más arriba transcrita.

19. La tramitación del expediente no supone la suspensión de la ejecución de la pena, que —muy significativamente— el art. 32 solo contempla, y no en términos absolutos, en el caso de condenas a muerte (*sic*, en redacción que la Ley de 1988 no ha modificado, lo que no deja de ser coherente con el art. 15 CE).

20. Resulta así que, en el caso de los indultos que suscitan estas reflexiones, si los reos solo hubieran sido condenados por el delito de rebelión y se les hubiera conmutado la pena (que no simplemente eliminado por lo que a la de prisión respecta) podría haberse obviado del informe de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su condición de tribunal sentenciador.

21. STS 847/2014. Lo determinante será si el tribunal que conozca en apelación o casación modifica la pena.

22. Esta precisión permitió a la STS de 17 de febrero de 2010 (STS 547/2010) desestimar una alegación que hacía notar que el correspondiente informe carecía de determinados extremos. En ello redunda la STS de 28 de mayo de 2013 (STS 2720/2013).

23. Tampoco lo era el informe del Consejo de Estado que la ley de 1988 suprimió, como lo hizo respecto de toda la intervención de este órgano consultivo en la tramitación de los indultos que preveía la redacción original.

24. Requejo Pagés (2001: 105) da cuenta de los términos, subrepticios, mediante los que, por inadvertencia o con toda intención, se introdujo un cambio de tanto calado mediante enmienda del Grupo Socialista en el Congreso que se justificó en un mero cambio de «terminología».

25. La redacción propuesta en la Proposición más arriba referenciada era la siguiente: «Artículo 30. La concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en Real Decreto motivado que se insertará en el Boletín Oficial del Estado donde se recogerán las razones de justicia, equidad, utilidad pública o debida reinserción social del penado que concurren en la concesión del indulto a juicio del Gobierno. Asimismo el citado Real Decreto deberá contener las demás circunstancias citadas en el artículo 5 de esta Ley», donde tal precepto declaraba nulos e inejecutables los indultos «[...] en que no se hiciera mención expresa, al menos, a la pena en que recaiga la gracia, al delito cometido, al estado de ejecución, en su caso, de la pena impuesta, al título de imputación, al origen de la solicitud de indulto y, finalmente, a la motivación que, a juicio del Gobierno, ha justificado su concesión».

26. Fernández (2014) la califica de auténtico *leading case* en un comentario encomiástico. Del interés suscitado por la sentencia dan cuenta igualmente los comentarios de Díez Sánchez (2014) y Chinchilla Marín (2015).

27. Sin perjuicio de los supuestos de recurso del propio indultado cuando le resulta insatisfactorio el recurso parcial, como fue el caso del resuelto por la STS de 11 de diciembre de 2002 (STS 8308/2002).

28. La cuestión se suscitó particularmente en relación con el recurso contra el indulto concedido a los administradores del Banco de Santander que fue interpuesto por dos accionistas del mismo, recurso resuelto por la STS de 20 de febrero de 2013 (STS 546/2013), a la que ya hemos tenido ocasión de referirnos y

sobre la que volveremos. La posición favorable a la legitimación que se justifica en el FJ 7 fue anticipada por sendos Autos de 3 de mayo de 2012 (ATS 4490/2012) y 12 de junio de 2012 (ATS 6896/2012).

29. Así fue en el caso de la STS de 8 de junio de 2015 (STS 2564/2015), a la que acompaña un voto particular en contra que ofrece muy razonables argumentos para rechazar en este caso la legitimación.

30. En el caso de la STS de 20 de marzo de 2018 (STS 935/2018), que glosaremos posteriormente, y que se hace eco de la previa STS de 16 de mayo de 2017 (STS 851/2017), que inadmite un recurso equivalente interpuesto por la misma asociación.

31. Así, la STS de 3 de junio de 2004 (STS 3836/2004); la de 21 de febrero de 2005 (STS 1047/2005), con cita de la STS de 27 de mayo de 2003 (STS 3600/2003), y la de 30 de septiembre de 2005 (STS 5782/2005).

32. Como en el caso de la ya citada STS de 21 de febrero de 2005, con transcripción de la de 11 de diciembre de 2002 (dictada en el recurso 166/2001). Ello no le impide al Tribunal Supremo pronunciarse sobre el carácter negativo del silencio en su sentencia de 15 de febrero de 2005 (STS 891/2005). Bien es verdad que las solicitudes de indulto están expresamente contempladas a los efectos del silencio en el RD 1897/1994 y en la DA 29ª de la Ley 14/2000, como también lo están —conviene advertirlo— los supuestos de ejercicio del derecho de petición en la legislación de procedimiento administrativo —hoy por hoy en el art. 24.1 de la Ley 39/2015, de 15 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común—. Alguna apreciación al respecto habría resultado clarificadora.

33. Especial mención merece a este respecto la STS de 11 de diciembre de 2002 (STS 8308/2002), que alcanza tal conclusión sin perjuicio de apelar, de *lege ferenda*, a la introducción de la exigencia de motivación. Esta sentencia se hace eco de la dictada por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 13 de junio de 2001 en relación con la ejecución del indulto concedido al magistrado Gómez de Liaño, en la que se afirma, si bien con argumentos discutibles, que la concesión de los indultos es susceptible de control, aunque el mismo «[...] nunca puede pretender extenderse a la discrecionalidad de la motivación que constituye la esencia del perdón».

34. Siendo la ponente original la hoy ministra Margarita Robles, fue sustituida por Pablo Lucas Muriello, dado que aquella suscribió, junto con otros cinco magistrados, uno de los cinco votos particulares emitidos.

35. Así, en la STS de 10 de noviembre de 2007 (STS 6699/2007) y en las de 28 de abril y 5 de mayo de 2009 (SSTS 2307 y 2551/2009, respectivamente). En estas últimas el argumento formal de la inaplicabilidad de la Ley 30/1992 por no tratarse de un acto administrativo se ve contradicho en el seno de la propia sentencia por el manejo de esta Ley para valorar el alcance de los vicios de procedimiento como vicios de nulidad o anulabilidad y al asumir que las resoluciones de los indultos son susceptibles de recurso de reposición. En todo caso, en la misma línea, las sucesivas SSTS de 17 de febrero de 2010 (STS 547/2010); dos de 7 de mayo de 2010 (SSTS 2195 y 2196/2010), afirman expresamente que el control no puede abarcar los defectos de motivación ni «[...] la valoración de los requisitos de carácter sustantivo» (*sic*); de 8 de febrero de 2012 (STS 511/2012) y de 23 de enero de 2013 (STS 296/2013).

36. SSTS 2296/2013 y 2740/2013. Esta última, siendo del mismo ponente, Trillo Alonso, es de hecho virtualmente igual a la de 23 de enero de 2013, e insiste en el control meramente procedimental.

37. En este punto, el TS se hace eco de la «exposición de motivos de la Ley, no modificada», si bien conviene puntualizar que la Ley no se aprobó con Exposición de Motivos, como se puede comprobar en la Gaceta [en línea] <<https://www.boe.es/eli/es/l/1870/06/18/1>>, de modo que lo que se suele citar como tal es la exposición del Proyecto de Ley presentado a las Cortes por el ministro Ruiz Zorrilla.

38. Así se había anticipado en la STS de 20 de febrero. Lo determinante es, pues —aunque el Tribunal no desarrolla el argumento más allá de transcribir el art. 70.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y sentencias propias al respecto—, que no tratándose de una potestad administrativa, su ejercicio no está vinculado a unos concretos fines cuyo desconocimiento pueda hacer constatable la desviación de poder. Para conceder el indulto no hay fines delimitados por el ordenamiento, en definitiva (particularmente en el espacio abierto por la «conveniencia pública», añadimos nosotros); hay motivos, que se hacen controlables a través de la técnica del control de la arbitrariedad de los poderes públicos. La posibilidad de control de la concesión de indultos por esta vía fue planteada por Lozano Cutanda (1991: 1050), si bien hay que hacer notar que, en su concepción, el indulto solo sería legítimo cuando sea guiado por una finalidad de justicia «reparadora» y particular.

39. Así lo refiere Requejo Pagés (2001: 93): «El pie para la discusión lo dio el diputado Ochoa, precisamente al destacar la paradoja en la que podía incurrirse al tratar de reglamentar un poder que, por esencialmente arbitrario, resultaría irreconocible tan pronto como fuera jurificado. ¿“Cuáles son —se preguntaba—, los principios capitales en que debe estar basado el derecho de gracia?», respondiendo, de seguido, “yo creo que el carácter esencial del derecho de gracia es la arbitrariedad. Sin la arbitrariedad no se comprende semejante derecho; la arbitrariedad es su esencial constitutivo; [...] si le quitáis ese carácter y anuláis ó restringís su ejercicio, convertís el derecho de gracia en una especie de poder judicial; hacéis un juicio de lo que debe ser una libérrima facultad; establecéis una instancia más con lo que debe ser la práctica de la conmiseración al arrepentimiento, y de la equidad á la dureza en ciertos casos de la ley”».

40. STS 2113/2021. En octubre de 2020 se dictaron varias sentencias equivalentes; dos del 26 (SSTS 3482 y 3483/2020) y dos del 22 (SSTS 3381 y 3382/2020), estas dos últimas dando cobertura, sin mayor argumento, a la toma de decisión sobre indultos por el Gobierno en funciones, haciéndose eco de la STS de 2 de diciembre de 2005.

41. Así, en el caso de la STS de 17 de marzo de 2014 (STS 847/2014) y de 8 de junio de 2015 (STS 2564/2015). En ellas, particularmente en la primera, es llamativo que se manejen con naturalidad las categorías de nulidad y anulabilidad de los actos según quedan determinadas por la legislación administrativa como si de verdaderos actos administrativos se tratara.

42. En este punto el Tribunal Supremo confirma lo que en la STS de 20 de noviembre de 2013 se intuía y Chinchilla Marín (2015: 104-107) ponía en duda. E incluso va más allá. No basta con que el Real Decreto de indulto exteriorice sus motivos. El Tribunal Supremo puede entrar a valorar esos motivos, y aspirar a un contraste duro con los propios a la vista de las apreciaciones valorativas que se ofrecen en la STS de 20 de marzo de 2018.

43. Sobre el concepto de «actos políticos» o «de gobierno» y la evolución en su tratamiento, nos remitimos a Fernández Farreres (2020: 895-905).

44. Una búsqueda en el BOE arroja el resultado de 327 indultos concedidos desde que fuera dictada la STS de 20 de noviembre de 2013 especificando que la correspondiente concesión se justifica por «razones de justicia y equidad». Solo los 9 que centran estas páginas apelan a razones de «utilidad pública» que no se especifican, si no por remisión a la propuesta del ministro de Justicia.

45. Pudiera llegar a plantearse, hilando fino, que las razones dirigidas a auspiciar el diálogo y la participación política no se compadecen con el hecho de que el indulto no haya abarcado la condena de inhabilitación. Entrar en esta consideración, sin embargo, resultaría difícil a la vista de los términos en que se pronuncia la propuesta del ministro en relación con el indulto del Sr. Junqueras —única a la que hemos tenido acceso—, por cuanto presentan de forma abstracta —y no personalizada en el papel a jugar por el Sr. Junqueras— la vocación del indulto a favor de aquellos fines. Sí que es verdad, en todo caso, que en el informe se vierten una serie de consideraciones sobre la actitud presente de este indultado a favor del diálogo y cercanas al arrepentimiento que en absoluto se hacen presentes en la actitud de otros indulta-

dos, que según refiere el Informe del Tribunal Supremo han hecho expresa, en sede judicial y en medios públicos, su voluntad de reincidencia. Y ello en el bien entendido de que, como hemos tenido ocasión de poner de manifiesto, el arrepentimiento del indultado no es requisito del indulto.

46. El Informe de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, haciéndose eco de la apreciación hecha por el Ministerio Fiscal sobre la posibilidad de aplicar analógicamente el citado artículo respecto de los miembros de gobiernos autonómicos, apunta a que en el presente caso la condición de autoindulto —prohibido por el art. 102.3 CE— vendría dada por la circunstancia de que el partido ERC ofrece su apoyo político al Gobierno en las Cortes.

47. A este respecto, resultan muy ilustrativas las consideraciones hechas por el Informe de la Sala Segunda del TS acerca del tratamiento en Derecho comparado de los delitos de «sedición», que demuestran que está muy lejos de estar despenalizado.

48. Así lo defienden, como vimos, Lozano Cutanda (1991) y Requejo Pagés, (2003).

49. Se trata de nueve AATS de 26 de junio de 2021 (8633, 8634, 8635, 8638, 8639, 8640, 8641, 8642 y 8643), que denegaron las cautelarisimas solicitadas por exparlamentarios catalanes de Ciudadanos y de los sucesivos AATS de 13 de julio de 2021 (9665, 9667, 9671 y 9678), que denegaron las medidas cautelares, a los que se suman los AATS del mismo 13 de julio que denegaron las cautelares solicitadas por VOX (AATS 9668, 9670, 9675 y 9678/2021).

## BIBLIOGRAFÍA

CHINCHILLA MARÍN, Carmen (2015): «El control judicial de los “actos políticos” a través del principio constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013)», en L. Arroyo Jiménez, M. Beladiez Rojo, C. Carballo Ortega y J.M Rodríguez Santiago, (coords.), *El juez del Derecho administrativo. Libro homenaje a Javier Delgado Barrio*, Madrid: Marcial Pons.

DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José (2014): «El indulto ante la justicia administrativa», *RVAP*, 99/100, 1179-1206.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2014): «Sobre el control jurisdiccional de los decretos de indulto», *RAP*, 194, 209-225.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (2020): *Sistema de Derecho Administrativo*, I, Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters.

LINDE PANIAGUA, Enrique (1976): *Amnistía e indulto en España*, Madrid: Tucar.

LOZANO CUTANDA, Blanca (1991): *El indulto y la amnistía ante la Constitución*, en S. Martín-Reortillo (coord.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid: Civitas.

REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (2001): «Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español», *Historia Constitucional*, 2. Disponible en: <<http://hc.rediris.es/02/index.html>>.

– (2003): «Apuntes para una interpretación constitucionalmente conforme de la prerrogativa de gracia», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 15, 89-112.

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

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





# NORMAS DE EDICIÓN DE LA REVISTA

<http://teoriayderecho.tirant.com>



## I. CRITERIOS GENERALES PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS A LA REVISTA *TEORÍA & DERECHO*

1. Los textos presentados para su publicación deberán ser trabajos originales e inéditos.
2. Los originales de los artículos de las dos primeras secciones («Debate» y «Estudios») tendrán una extensión de entre 8.000 y 14.000 palabras como máximo, un interlineado de 1.5 y letra de cuerpo 12. Deberán presentarse en soporte informático, preferentemente en Word (o formato revisable).
3. Los términos de presentación de originales finalizan el 1 de mayo (para el número que se publica en diciembre) y el 1 de noviembre (para el número que se publica en junio del año siguiente).
4. Al comienzo del texto han de indicarse el título del artículo, el nombre y apellidos del autor o autora, su cargo o profesión y la vinculación institucional con la que los autores o autoras desean aparecer identificados en el encabezamiento del artículo.
5. Los autores y autoras harán llegar con el artículo los datos suficientes para que la redacción de la Revista se pueda poner en contacto con ellos (dirección postal, teléfono y dirección electrónica).
6. Todos los artículos deberán ir acompañados de un resumen de 10 líneas o 1.000 caracteres en castellano y en inglés. También hay que incluir una lista de cinco o seis palabras clave o descriptores de la materia en castellano y en inglés. El título del artículo debe escribirse en español y en inglés.
7. Los artículos deben ir precedidos de un sumario de los diferentes apartados en que se estructuran. Los títulos y subtítulos de los textos seguirán el denominado «Sistema de numeración decimal de capítulos» y se escribirán solo con cifras arábigas. Las secciones se numerarán correlativamente a partir de 1; cada sección o epígrafe puede subdividirse en  $n$  partes (subtítulos o subepígrafes) desde 1 hasta  $n$ ; cada subepígrafe, a su vez, puede dividirse en otras subsecciones o partes menores desde 1 hasta  $n$ , y así sucesivamente: (1., 1.1., 1.2., 1.2.1...) (4., 4.1, 4.1.1, 4.1.2...).
8. En el caso de los artículos publicados en la sección «Temas de Hoy», se podrán obviar algunos requisitos formales de la revista (resumen, informes externos, extensión, originalidad), pero nada impide que el original enviado los cumpla plenamente, en cuyo caso la Revista lo hará constar.
9. En las traducciones y textos de la sección titulada «Varia» no se exige el cumplimiento de los requisitos anteriores.

## II. ADMISIÓN DE ORIGINALES Y SISTEMA DE EVALUACIÓN

Los originales publicados en las secciones «Debates» y «Estudios» serán sometidos al criterio de expertos. El sistema de arbitraje recurre a evaluadores externos y la Revista garantiza su anonimato. Cualquiera de los evaluadores puede hacer observaciones o sugerencias a los autores, siempre y cuando el trabajo haya sido aceptado. Los autores recibirán el resultado de la evaluación y, en su caso, se les concederá un período de tiempo suficiente para que puedan hacer las modificaciones propuestas por los evaluadores.

Los evaluadores tendrán en cuenta, especialmente: *i)* la idoneidad temática; *ii)* la calidad y el rigor de los argumentos que se presentan; *iii)* la adecuación de la estructura expositiva del texto; *iv)* la oportunidad y relevancia del artículo para la discusión de problemas en su área de investigación; y *v)* la validez de los datos y las fuentes bibliográficas.

Tras la evaluación realizada por los expertos, la publicación definitiva de los trabajos será sometida de nuevo a la consideración del Consejo Editorial de *Teoría & Derecho*, que se reserva la facultad de revisar y corregir los textos si estos presentan errores ortotipográficos, gramaticales o de estilo.

### III. CORRESPONDENCIA CON LA REVISTA

Los originales deben ser enviados por correo electrónico a la dirección: [teoria.derecho@uv.es](mailto:teoria.derecho@uv.es). Los autores deben mandar dos archivos diferenciados en formato Word o compatible. El primero de ellos será el texto original que deberá estar completamente cegado y no contener ninguna referencia que permita al revisor/a conocer su autoría. En este mismo deberá aparecer el título, resumen y palabras clave en español e inglés. Asimismo, deberá suprimirse cualquier propiedad del archivo que haga referencia al autor o autora. El segundo documento debe contener título del texto, nombre y apellidos del autor, institución de origen, puesto que se ocupa en la actualidad, dirección de correo electrónico, así como los agradecimientos y referencias a proyectos de investigación en los que se enmarque la investigación del artículo.

Adjunto a los anteriores debe remitirse cumplimentado el formulario relativo a la gestión y protección de los datos personales por parte de la editorial de acuerdo con la normativa vigente. Dicho formulario puede encontrarse en la web de la revista: [teoriayderecho.tirant.com](http://teoriayderecho.tirant.com).

También pueden remitirse por correo postal (copia impresa y en soporte digital) a la siguiente dirección: Revista *Teoría & Derecho*. Editorial Tirant lo Blanch, C/ Artes Gráficas 14, entresuelo, Valencia 46010.

### IV. SISTEMA DE CITAS

1. Habida cuenta de la naturaleza de la revista, orientada fundamentalmente a la reflexión y al pensamiento teórico, el Consejo Editorial considera que la forma óptima de presentar las referencias es a través de una nota bibliográfica general situada al final del texto que refleje el estado de la cuestión, los textos más relevantes y la fundamentación de las tesis del autor.

2. Podrá utilizarse también el sistema fecha / autor (o «sistema Harvard») de citas, esto es, referencia en el texto y elenco bibliográfico al final del artículo.

Cuando se opte por este sistema, las citas se insertarán en el texto con un paréntesis que contenga: autor (coma), año de aparición de la obra y número(s) de página(s) precedido(s) de dos puntos. Ejemplo: (Vives, 2011:129).

Si se trata de una segunda (o posterior) edición de la obra, tal circunstancia se indicará con una voladita situada antes del año de publicación. Ejemplo: (Vives, <sup>2</sup>2011: 129).

– Al final del artículo se incluirá un elenco con las referencias completas de todas las obras mencionadas, según los criterios que se indican seguidamente.

En el caso de que se citen varias obras del mismo autor, se ordenarán cronológicamente. En la segunda y siguientes menciones, se sustituirán los apellidos y el nombre del autor por una doble raya (—) seguida de un espacio fijo y sin ninguna puntuación antes del paréntesis en el que se indica el año de publicación.

Si se citan varias obras del mismo autor y año, tanto en las referencias del texto principal como en el elenco bibliográfico se ordenarán alfabéticamente con letra minúscula, que se escribirá en cursiva (2011*a*).

Si la obra referenciada es de dos o más autores, únicamente se invertirá el orden del nombre y los apellidos del primer autor de la obra, pero no el de los autores sucesivos. Ejemplo: Pérez López, José, Marisa Fernández García y Javier Rodríguez Jiménez (2015): «Los delitos económicos», *Revista de Penología*, 23 (2), 45-64.

La fórmula anterior es preferible a la de consignar únicamente el nombre del primer autor seguido de las expresiones *et al.* (en cursiva) o «y otros», que también son admisibles.

Tanto en el texto principal como en la bibliografía se utilizarán las comillas angulares o latinas (« »), no las inglesas (“ ”). Si dentro de una oración o segmento de texto ya entrecomillado hay una expresión o un enunciado también entrecomillado, se utilizarán las comillas inglesas: (« “ ” »)

– En todo caso, las referencias completas del elenco bibliográfico deberán ser presentadas de la siguiente forma:

- Libros: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero), año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del libro (en cursiva y con mayúscula sólo en la inicial de la primera palabra: la mayúscula en todas las palabras del título es una práctica anglosajona), lugar de edición (dos puntos), nombre del editor, (y, eventualmente, colección).

Ejemplo: Vives Antón, Tomás S. (2011): *Fundamentos de derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

- Capítulos de libro: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título de la obra (entre comillas angulares), responsables subordinados (compiladores, editores, etc., precedidos de «en»; el nombre de pila de los responsables subordinados puede consignarse con la inicial antes del apellido), título del libro (ver arriba), lugar de edición (dos puntos), nombre del editor, (y, eventualmente, colección) y páginas (sin las grafías «pp.»).

Ejemplo: Pérez Pérez, María y Laura Martínez Martínez (2014): «Algunas acotaciones sobre los actuales modelos de teoría de la legislación», en P. Rodríguez Pérez y M. Ramos Ramos (comps.), *Nuevos modelos de teoría de la legislación*, Madrid: Teorema, 34-51.

- Artículos de revista científica: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del artículo (entre comillas angulares y con mayúscula solo en la primera palabra), nombre de la revista (en cursiva y mayúsculas), (eventualmente, volumen y número de la revista) y páginas (sin las grafías «pp.»).

Ejemplo: Cotterrell, Roger (2015): «The politics of jurisprudence revisited: a Swedish realist in historical context», *Ratio Juris*, 28 (1), 1-14.

- Recursos electrónicos: la inclusión de la referencia de los textos en formato electrónico en el elenco bibliográfico solo será obligatoria cuando el documento *únicamente* sea accesible en la red y no esté publicado en una revista o libro (incluidos los electrónicos). En este caso, la cita deberá presentarse del siguiente modo: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título de la obra, indicación de soporte entre corchetes («[en línea]»), dirección completa y disponibilidad, que empezará siempre con el protocolo de transferencia de hipertexto (http) e irá entre antitildas y con punto después de la antitilda de cierre (< >.), y fecha de consulta (entre corchetes y con punto final antes del corchete de cierre).

Ejemplo: Romero Carrascal, Susana (2008): «Archivos y delitos. La actuación de la Fiscalía de Patrimonio Histórico» [en línea], <<http://www.arxivars.com/index.php/documents/formacio-1/jornades-d-estudi-i-debat-1/228-jed-080528-romero-1/file>>. [Consulta: 12/06/2014.]

## V. DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Los autores y autoras ceden en exclusiva a la Revista los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos. Asimismo, permiten al Consejo de la revista distribuir sus contenidos en todas aquellas bases de datos científicas en la que se encuentre indexada la Revista, siempre con el objetivo de asegurar una amplia distribución de los contenidos cedidos por los autores.

## VI. ÍNDICES DE CALIDAD Y BASES DE DATOS

Cumple todos los criterios de calidad de revistas establecidos por el Comité 9 CNEAI (sexenios) Journal Scholar Metrics. Revistas Españolas de Derecho

[http://www.journal-scholar-metrics.infoec3.es/layout.php?id=rank&subject=law&start=100&order=h5\\_index&sort=DESC&related=T&country=es](http://www.journal-scholar-metrics.infoec3.es/layout.php?id=rank&subject=law&start=100&order=h5_index&sort=DESC&related=T&country=es)

ERIH PLUS (European Index for de Humanities and the Social Sciences) La revista Teoría y derecho ha sido incluida en este índice en febrero de 2017.

<https://dbh.nsd.uib.no/publiseringskanaler/erihplus/periodical/info?id=488762>

Google Scholar Metrics (2011-2015), Índice H de las revistas científicas españolas. La revista es la 81 de 148 posiciones.

CARHUS PLUS : valorada como A

RESH (Revistas españolas de ciencias sociales y humanidades).

Incluida en revistas jurídicas interdisciplinarias. La mejor valorada por los expertos

<http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores>

DICE (Difusión y calidad editorial de las revistas españolas de humanidades y ciencias sociales y jurídicas) <http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443>

LATINDEX: cumple 33 criterios, sobre 33.

ISOC: Sumarios Derecho

CIRC: Calificada como B

## I. GENERAL CRITERIA FOR SUBMISSIONS TO THE JOURNAL *TEORÍA & DERECHO*

1. All manuscripts submitted for consideration should be original and unpublished.
2. «Debate» and «Estudios» original texts should average between 8.000 and 14.000 words in length, spaced in 1.5, and 12p for the body type. They must be submitted electronically, preferably in Word (or other similar revisable format).
3. Submissions are required to be sent before May 1st. (for December's issue) and before November 1st. (for next year's June's issue).
4. At the beginning of the article, authors must indicate the title of the paper, full name of the author(s), position of the author(s), and the institution they come from.
5. Authors must send their contact information (specifically: address, telephone number and e-mail) within their submission form in order to allow the Journal to maintain regular contact with them.
6. Submissions must include an abstract of 10 lines or 1000 characters and a list of 5-6 key words in Spanish and English languages in any case. Titles must be written in Spanish and English.
7. Submissions should include a Summary, where titles of the different sections of the text are written. Submission structure must follow the so-called «Decimal Numbering System for Chapters and Subheading», and they should be written only with Arabic figures. Sections will be numbered consecutively starting on number 1. Each one can be divided in  $n$  sections, from 1 to  $n$ ; each subsection can also be divided from 1 to  $n$ , and so on: (1., 1.1., 1.2., 1.2.1...) (4., 4.1., 4.1.1., 4.1.2...).
8. Submissions to the section «Temas de Hoy» may omit, fully or partially, the formal requirements mentioned (abstracts, peer review, length and the requirement to be an unpublished work), although the manuscript submitted may accomplished some or all of them. In this case, the Journal *Teoría & Derecho* would mention it.
9. In the case of texts and translations submitted to the «Varia» section, there is no need to comply with the formal requirements mentioned above.

## II. PEER REVIEW PROCESS AND REVIEW OF SUBMISSIONS

In order to select the texts to be published, all submissions will be reviewed through a peer review process. The assessment will be carried out by two reviewers. These reviewers, preferably external experts, will be anonymous and they will present their reconsiderations on admitted texts. In order to be published, submissions should obtain a positive assessment of both reviewers. In case of contradiction, the final decision will be taken by the Editorial Board. Authors will receive the reviewers' reconsiderations and they will be given an appropriate period of time to modify their texts according to the comments of the experts.

Reviewers will take into consideration the following: *i)* the thematic suitability; *ii)* the scientific quality and the competence of the arguments presented; *iii)* the appropriateness of the text's structure; *iv)* the opportunity and relevance of the submission in a given research area; and *v)* the acceptance of the data and bibliographical resources used.

Once the revision process undertaken by the experts has finished, the final text to be published will be approved by the Editorial Board of the Journal, which will be competent as well to make orthotypographics, gramatical and writting-style corrections, if necessary.

### III. CORRESPONDENCE WITH THE JOURNAL

Manuscripts should be sent to this e-mail address: [teoria.derecho@uv.es](mailto:teoria.derecho@uv.es)

Authors must send two different files in Word (or compatible format). First the manuscript which must be completely blind. This is, no reference may let the reviewer know the authorship. In this one, the title, the abstract and the keywords must be include in English and Spanish. Moreover, all the properties of the file referring the author/s must be also erased. The second file should contain: the title, name and surname/s of the author/s, institution, current position, email address, and the acknowledgments and references to the research projects or so on within which the research has been developed.

Attached to the former ones, the form related to the personal data protection and its treatment should be submitted to the editorial, according to the current regulations. This form can be downloaded at the website of the journal: [teoriayderecho.tirant.com](http://teoriayderecho.tirant.com)

Manuscripts can be also sent through postal mail to Revista *Teoría & Derecho*. Editorial Tirant lo Blanch, C/ Artes Gráficas 14, entresuelo, 46010 Valencia.

### IV. QUOTES CITATION FORMAT

Only two citation systems can be used:

1. Taking into account the nature of the Journal, which is orientated to theoretical thought, it should be preferred to include the bibliographical references at the end of the article, through a bibliographic note which reflects the state of the question, the most relevant articles and the fundamentals of the author's thesis or reasoning.

2. The date / author citation system (or Harvard system) could also be used. In this case, a list of bibliography must be placed at the end of the document.

Doing this, citations should go in brackets, including author's surname, date of publication and the page / s. For instance, (Vives 2011:129).

If it is a second or later edition, this matter will be indicated with a superscript, written just before the year of publication. For instance, (Vives, <sup>2</sup>2011: 129).

– At the end of the article, a complete list of bibliography should be included according to the following criteria:

If several papers of the same author are cited, they should follow a chronological order. In second and subsequent mentions, authors' surnames and names will be substituted by a double line (—), followed by a space, and no punctuation before the brackets, with the year of publication.

If the articles or books are published by the same author in the same year, they will be ordered alphabetically with a lowercase letter written in italics (2001*a*).

If the paper referenced to is written by two or more authors, the order will be changed only in relation to the first author's name and surnames. For instance, Pérez López, José, Marisa Fernández García y Javier Rodríguez Jiménez (2015): «Los delitos económicos», *Revista de Penología*, 23 (2), 45-64.

The previous system will be preferable to the one in which the first author's name is followed by the expression *et al.* (italics) or «and others», although the latter is also allowed.

In the main text and in the bibliography, Latin / Spanish quotation marks (« ») will be used, not English quotation marks (“ ”). English quotation marks can be used whenever an expression and / or part of a sentence is already quoted, within the major sentence (« “ ” »).

– In any case, bibliographical references must be quoted in the following way:

Books: Author's or Authors' Surname / s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the book (italics and capital letter only the initial of the first word, not all the words), place of edition (colon), editor's name, and, eventually, collection.

For instance: Vives Antón, Tomás S. (2011): *Fundamentos de derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Book chapter: Author's or Authors' Surname / s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the chapter (double quotation marks), person in charge of the edition (editor, coordinator, compiler..., preceded by «in»; name of person in charge may be written with the initial before the surnames), title of the book (italics and capital letter only the first letter of the first word, not with all the words), place of edition (colon), editor's name, eventually, collection, and pages (without any graphical symbol).

For instance: Pérez Pérez, María y Laura Martínez Martínez (2014): «Algunas acotaciones sobre los actuales modelos de teoría de la legislación», en P. Rodríguez Pérez y M. Ramos Ramos (comps.), *Nuevos modelos de teoría de la legislación*, Madrid: Teorema, 34-51.

Article of Scientific Journals: Author's or Authors' Surname/s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the article (double quotation marks), title of the journal (italics and capital letters), eventually volumen and issue of the journal, and pages (without any graphical symbol).

For instance: Cotterrell, Roger (2015): «The politics of jurisprudence revisited: a Swedish realist in historical context», *Ratio Juris*, 28 (1), 1-14.

Electronic Resources: References to an electronic resources in the list of bibliography is not compulsory when the resource is only available online and it is not published in a journal or book (even electronic ones). If so, the reference should be as follows: Author's or Authors' Surname/s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the resource (double quotation marks), format between square brackets («[on line]»), link and availability, beginning always with the Hypertext Transfer Protocol (http) and it will be between broken brackets, followed by a stop after the end (< >.), and date of reference (with square brackets and full stop before the end square bracket).

For instance, Romero Carrascal, Susana (2008): «Archivos y delitos. La actuación de la Fiscalía de Patrimonio Histórico» [en línea], <<http://www.arxivars.com/index.php/documents/formacio-1/jornades-d-estudi-i-debat-1/228-jed-080528-romero-1/file>>. [Date of reference: 12/06/2014.]

## V. COPYRIGHT NOTICE

The authors of submitted texts agree to assign their copyright and reproduction rights to the Journal. Therefore, the Journal will have exclusive rights to authorize the reproduction public display and / or distribution of the work. The authors authorize the Journal to make the work available and to share its content in scientific databases, in which the Journal is indexed, in order to make sure a greater citation of those contents granted by the authors.

## VI. SCIENTIFIC RANKINGS AND DATABASES

The Journal meets the quality criteria established by the “Comité 9 CNEAI” (six-year terms) Journal Scholar Metrics / Spanish Scientific Legal Journals  
[http://www.journal-scholar-metrics.infoec3.es/layout.php?id=rank&subject=law&start=100&order=h5\\_index&sort=DESC&related=T&country=es](http://www.journal-scholar-metrics.infoec3.es/layout.php?id=rank&subject=law&start=100&order=h5_index&sort=DESC&related=T&country=es)

ERIH PLUS (European Reference Index for the Humanities and Social Sciences). The Journal *Teoría & Derecho* has been indexed in February 2017.

<https://dbh.nsd.uib.no/publiseringskanaler/erihplus/periodical/info?id=488762>

Google Scholar Metrics (2011-2015), H Index of Spanish Scientific Journals. The Journal is ranked 81 out of 148.

CARHUS PLUS : Position A

RESH (Spanish Journals of Social Sciences and Humanities). The journal is the highest ranked within the interdisciplinary scientific journals.

<http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores>

DICE (Dissemination and editorial quality of the Spanish Scientific Journal of Humanities and Social and Legal Sciences)

<http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443>

LATINDEX: it meets 33 criteria out of 33.

ISOC: Abstracts in Law

CIRC: Position B





# NORMAS ÉTICAS Y DECLARACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS

<http://teoriayderecho.tirant.com>



## NORMAS ÉTICAS Y DECLARACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS

*Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico* es una revista académica que publica trabajos científicos y asume un firme compromiso con el cumplimiento de los estándares éticos y buenas prácticas. Tirant lo Blanch, editor de la revista, y su Comité editorial son responsables de determinar y mantener las siguientes normas en el proceso de selección y aceptación de contribuciones remitidas, así como de asumir las responsabilidades que deriven del proceso de publicación. Asimismo, se comprometen a velar por la ética y la calidad científica y académica de la revista, y a que todas las partes involucradas acepten y respeten los principios que siguen.

## OBLIGACIONES DE LOS AUTORES

Los autores de los artículos deberán respetar las siguientes obligaciones, así como cumplir las instrucciones para los autores que pueden encontrarse en la página web de la Revista y que se incluyen en cada número.

Los autores se comprometen a presentar manuscritos que no estén sujetos a consideración o que hayan sido enviados previamente a otras publicaciones, y a someterlos a un proceso anónimo de revisión. La investigación debe haber sido desarrollada de acuerdo con estándares éticos e incluirse en la publicación, de modo que se aporte la suficiente información para permitir la réplica académica. Todos los autores deben mencionar las fuentes de financiación que les ha permitido llevar a cabo la investigación y alcanzar los resultados pertinentes, así como la posible influencia de estos en los mismos.

Los artículos remitidos deben ser trabajos completamente originales y, en el caso de que los autores hayan utilizado el trabajo y/o fragmentos de otros, estos deben ser citados de forma adecuada, según las indicaciones anteriormente referidas. Cualquier forma de plagio constituye una práctica contraria a estas buenas prácticas y no se aceptará bajo ninguna circunstancia. Los autores no deben plagiar, práctica por la que se entenderá una copia literal o casi literal, una paráfrasis del texto o de los resultados de la investigación de otros autores.

No es adecuado que un autor remita más de un trabajo en los que se describa una misma investigación, a menos que se trate de una remisión de un artículo rechazado para su publicación en otra revista.

En caso de conocer un error fundamental o una imprecisión relevante en los trabajos ya publicados, los autores deben comunicarlos a la revista.

## OBLIGACIONES ÉTICAS DE LOS EDITORES

Los editores son responsables del cumplimiento de las obligaciones anteriormente enunciadas, deben velar por asegurar la calidad científica y académica de *Teoría & Derecho*, y son los principales responsables de la legalidad en materia de propiedad intelectual, derechos de autor, infracción y plagio.

El editor debe respetar la independencia intelectual de los autores y considerar todos los originales remitidos para su publicación, valorando cada una de las contribuciones de forma objetiva. También es el responsable de garantizar a autores y revisores que los manuscritos serán sometidos a un proceso de revisión anónimo. La decisión última y la responsabilidad sobre la aceptación o rechazo de un original recaerá en el Comité editorial.

Es obligación de los editores buscar revisores, que serán escogidos por razón de su prestigio, conocimientos y buen juicio, y valorarán la calidad científica de los trabajos remitidos a la revista. No obstante, los trabajos pueden ser rechazados para su publicación sin revisión externa si, a juicio de los editores, el trabajo es inapropiado para ser publicado en la revista. Esta decisión deberá basarse en la inadecuación del trabajo al contenido y la línea de la revista, la ausencia de actualidad o de suficiente interés, la

incorrección formal, o cualquiera otra razón relacionada con el ámbito de la revista. Los artículos, por tanto, se valorarán únicamente con base en su contenido, con independencia de intereses comerciales y sin discriminación de tipo étnico, racial, ideológico, religioso, de género o cualquier otra hacia el autor.

Los editores deben comunicar el resultado de los informes de valoración a los autores sin revelar ningún tipo de información acerca de la identidad de los revisores, pero informarán de los criterios utilizados por estos a la hora de evaluar el trabajo de cara a su publicación.

Los miembros del Comité editorial y cualquier otro editor no deben desvelar ningún tipo de información sobre un original sometido a consideración a nadie más que aquellos a quienes se solicite asesoramiento académico o científico. La confidencialidad debe ser protegida en todo caso durante el proceso de revisión (de los revisores para el autor, y viceversa). Los editores se abstendrán de participar de la evaluación y cualquier otro proceso editorial que incluya manuscritos en caso de tener algún conflicto de interés a causa de una posible relación competitiva, de colaboración o de otro tipo con cualquiera de los autores del manuscrito presentado.

La información no publicada, los argumentos o las interpretaciones contenidas en un original remitido a la revista no podrán ser utilizados en investigaciones desarrollada por los editores.

## OBLIGACIONES DE LOS REVISORES

Los revisores tienen el deber de enjuiciar y valorar de forma objetiva la calidad de los originales, así como su originalidad, haciendo especial hincapié en el mantenimiento de la calidad científica y los estándares científicos. Los revisores ayudan a los editores en la toma de decisiones y pueden asistir a los autores a la mejora de los trabajos.

El revisor advertirá al editor de cualquier similitud sustantiva entre el manuscrito bajo revisión y cualquier artículo o manuscrito similar enviado o publicado en cualquier otra revista o editorial.

Los revisores deben actuar de forma adecuada, remitiendo su informe de valoración en el plazo establecido, aun de modo aproximado. Cuando un revisor propuesto considere no que no es la persona idónea o apta para valorar de la investigación presentada o que sepa que no será posible cumplir los plazos para la revisión, deberá notificar al editor y excusarse tan pronto como sea posible.

Los revisores deben considerar un original sometido a revisión como un documento confidencial. Nunca deberá ser mostrado o discutido con terceros, salvo en casos excepcionales en los que podrá consultarse a personas que puedan asesorar científica o académicamente; en estos supuestos, las identidades de las personas consultadas deben ser reveladas al editor.

## CORRECCIONES Y RETRACTACIÓN

En caso de reconocer algún dato o información publicado en la revista *Teoría & Derecho* como falso, erróneo, engañoso o fraudulento, los editores deberán informar a los autores de estas circunstancias y esperar una respuesta de los mismos antes de tomar una decisión editorial. En caso de no quedar satisfechos con la respuesta o si no hay ninguna, los editores podrán decidir retractarse de lo publicado previo acuerdo del Consejo editorial.

La revista *Teoría & Derecho* atenderá cualquier reclamación y queja sobre los contenidos publicados a través de la dirección [teoria.derecho@uv.es](mailto:teoria.derecho@uv.es). Los editores se comprometen a hacer un seguimiento y proceder a la revisión y, en su caso, retractación si estos son necesarios.

Cuando proceda una retractación o una corrección de lo publicado en la revista, los editores se guiarán por los principios contenidos en las Guidelines for Retracting Articles del Committee on Publication Ethics (COPE).

## ETHICAL GUIDELINES FOR JOURNAL PUBLICATION

*Teoría & Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico* is an academic journal publishing scientific articles with a firm commitment with the meeting of these ethical standards and good practices. Tirant lo Blanch, as editor of the journal, and its Editorial Board have the responsibility to establish and maintain the guidelines to select and accept papers submitted to this journal, assuming those responsibilities arising from the publishing process. Also, they fully commit to ensure that all parties involved meet the ethics, scientific and scholar standards.

## ETHICAL OBLIGATIONS OF AUTHORS

The authors are expected to adhere to the following ethical guidelines and to respect the instructions for authors, posted to the website of the Journal and included within each issue.

The authors commit to submit originals which are not submitted to another journals, and to submit them to a double blind review process. The research conducted should be developed according to ethical standards, including sufficient information in the article to allow an academic response. The authors should refer the funding resources to develop the research and achieve the results, as well as the possible influence of these resources in the results.

The authors should ensure that they have written entirely original works, and if the authors have used the work and/or words of other, that this has been appropriately cited. Plagiarism in all its forms constitutes unethical and publishing behavior and is not acceptable. Authors should not engage in plagiarism —verbatim or near— verbatim copying, or very close paraphrasing, of text or results from another's work.

It is improper for an author to submit manuscripts describing essentially the same research to more than one journal of primary publication, unless it is a resubmission of a manuscript rejected for or withdrawn from publication.

When a fundamental error or a relevant inaccuracy within already published articles is known, the authors should advertise it to the editors.

## ETHICAL OBLIGATIONS OF EDITORS

The Editor should be responsible for the accomplishment of these and above obligations, and shall ensure the scientific and academic quality of the journal *Teoría & Derecho*, including the respect of legal issues concerning submissions to this Journal, specially intellectual property rights.

The editor should respect the intellectual independence of authors and should consider manuscripts submitted for publication, judging each on its own merits. They are also in charge to ensure that authors and reviewers get involve in a double blind review process. The final decision and the responsibility for acceptance or rejection of a manuscript rests with the Editorial Board.

The editor is required to seek advice from reviewers, who will be chosen for their expertise and good judgment, as to the quality and reliability of manuscripts submitted for publication. However, manuscripts may be rejected without external review if considered by the editors to be inappropriate for the journal. Such rejections may be based on the failure of the manuscript to fit the scope of the journal, to be of current or sufficiently broad interest, to provide adequate depth of content, to be written properly, or other reasons related to the journal. Therefore, contributions may be reviewed solely according to their contents, regardless their commercial interest and without discrimination on the basis of racial, ideological, religious, gender, or any other feature of the author.

The editor should inform about the result of the assessment reports to the authors without disclosing any detail about the reviewers' identity, but the editor should provide the most detailed information about the criteria used by the reviewers to assess the submission.

Members of the Editorial Board and members of the editor's staff should not disclose any information about a manuscript under consideration to anyone other than those from whom professional advice is sought. Confidentiality shall be protected in any case during the peer-review process. The editor should refrain from participating in the review process in case of any conflict of interest due to a competitive or collaboration relation with the author/s of the submission.

Unpublished information, arguments, or interpretations disclosed in a submitted manuscript should not be used in an editor's own research.

## ETHICAL OBLIGATIONS OF MANUSCRIPT REVIEWERS

Reviewers have an obligation to do a fair share of reviewing. A reviewer of a manuscript should judge objectively the quality of the manuscript and its originality, with due regard to the maintenance of high scientific and theoretical standards. A reviewer should call to the editor's attention any substantial similarity between the manuscript under consideration and any published paper or any manuscript submitted concurrently to another journal.

The reviewer should inform the editor about any substantive similarity of the submission under review with any other submission or published article in any other journal or publication.

Reviewers should act promptly, submitting a report in a timely manner. A chosen reviewer who feels inadequately qualified to judge the research reported in a manuscript or knows that its prompt review will be impossible should notify the editor and excuse himself from the review process as soon as possible.

A reviewer should treat a manuscript sent for review as a confidential document. It should neither be shown to nor discussed with others except, in special cases, to persons from whom specific advice may be sought; in that event, the identities of those consulted should be disclosed to the editor.

## CORRECTIONS AND RETRACTION

In case of misconduct, inaccuracy or any fraudulent, false or misleading information published in the journal *Teoría & Derecho*, the editor should consult the author/s giving them the opportunity to respond to any allegations before taking an editorial decision. In case of insufficient or lack of response, the editor may decide to adopt a formal retraction or withdrawal of a publication from the journal, in conjunction with informing the head of the author or reviewer's department, Abstracting & Indexing services and the readership of the publication, with the agreement of the Editorial Board.

The journal *Teoría & Derecho* will take account of any claim and complaint about the published contents through the email [teoria.derecho@uv.es](mailto:teoria.derecho@uv.es). The editor is fully committed to follow them up and proceed to the review and, when applicable, to the retraction.

When a retraction or corrections proceed, the editor will follow the Guidelines for Retracting Articles del Committee on Publication Ethics (COPE).





