

Una lectura crítica de la Ley de Indulto

Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles

Universidad Complutense de Madrid

Abstract*

Si hay algo sobre la institución del indulto en lo que todos se muestran conformes, es que la misma ha quedado sumamente obsoleta. Así lo demuestran bibliografía y práctica más recientes. El análisis de Sánchez-Vera parte de esta realidad, para confeccionar un cuerpo crítico que, tras desnudar la Ley de Indulto y dejar a la luz sus contradicciones más relevantes, llega a posicionarse en tesis probablemente abolicionistas, en particular de la mano de la utilización del instituto jurídico “cuestión de constitucionalidad” vs. la medida de gracia. En todo caso, también para el supuesto que se quisiese mantener en nuestra legislación el indulto, el trabajo propone algunas mejoras en la institución, como la claridad sobre la legitimación activa en su solicitud, la supresión de la pretensión de arrepentimiento del susceptible de la gracia, la recurribilidad de la decisión, y otras, que van desmenuzándose poco a poco a lo largo del trabajo.

If everybody agrees with something about the institution of pardon this is that it is completely obsolete, the most recent bibliography and practice proving it. Sánchez-Vera's analysis starts from this reality, to make up a critical body that, after undressing Pardon's Law and exposing its most prominent contradictions, reaches theories probably abolitionists, specially by using the constitutional questions vs. prerogative of mercy. In any case, also on the assumption that we want to maintain in our laws the pardon, this paper suggests some improvements on the institution, as the clarity about the standing on the application, the lifting of the remorse hope on the mercy petitioner, the appeal against the decision, and other ideas spread through the paper.

Neue Rechtsprechung und Literatur sind darüber einig, dass die Institution der Begnadigung in der spanischen Gesetzgebung sehr veraltet ist. Sánchez-Vera's Arbeit geht von dieser Realität aus, um einen kritischen Systementwurf zu bilden, der die wichtigste Widersprüche am Begnadigung-Gesetz zeigt. Somit kommt der Autor zu einem Ergebnis, das sehr wahrscheinlich die Abschaffung der Begnadigung bedeutet, und für andere Verfassungsrechtsmittel (etwa “cuestión de constitucionalidad”) plädiert. Auf jedem Fall, wünscht man bei der Institution der Begnadigung noch bleiben, schlägt Sánchez-Vera einige Besserungen vor: ein Versuch, Klarheit über die Gnadenbestellung zu schaffen, die Abschaffung der Reue als notwendige Bedingung, das Gnadenverfahren solle justitiabel sein, d.h. die Möglichkeit gerichtlicher Nachprüfung auch für Gnadenerweise , u.s.f.

Title: Pardon law, a critical review

Titel: Kritische Betrachtung des Gnadengesetzes

Palabras clave: indulto, amnistía.

Key-words: pardon, amnesty.

Stichwörter: Begnadigung, Amnestie.

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación en la Universidad Complutense de Madrid que sobre las reformas penales y procesales es dirigido por el Prof. Dr. Luís Rodríguez Ramos, con número de referencia: SEJ2004-04504/Juri.

Sumario

- 1. La obsoleta regulación**
- 2. Naturaleza jurídica y breve excursus sobre la amnistía**
- 3. Ámbito de aplicación**
- 4. Legitimación activa y cuestión de inconstitucionalidad vs. aparentes supuestos graciabiles**
- 5. Legitimación pasiva**
- 6. Otros requisitos para la concesión del indulto: interpretaciones conforme a la Constitución**
- 7. Final del procedimiento de indulto y corolarios: recurribilidad, control y otros**
- 8. Jurisprudencia citada**
- 9. Bibliografía citada**

1. *La obsoleta regulación*

1.1 La Ley reguladora *“del ejercicio de la gracia de indulto”* fue publicada por vez primera el 18 de junio de 1870, y hoy día aún se haya vigente, si bien tras diversas modificaciones, habiendo sido la última la operada por Ley 1/1988 de 14 de enero, publicada en el B.O.E. de 15 de enero¹. A ella ha de ser añadido, en particular, el Decreto de 22 de abril de 1938 –entiendo que también todavía vigente–, con sus modificaciones posteriores.

Por su parte, el artículo 62 i) de la Constitución se ocupa de forma sucinta de la clemencia en general, y estable que corresponde al Rey *“ejercer el derecho de gracia con arreglo a la Ley, que no podrá autorizar indultos generales”*.²

1.2 Desde luego, cuando el Constituyente mencionó en este último precepto *“la Ley”*, parece poco probable que quisiese la perpetuación de una norma de 1870, y así, vaya por delante desde ya que, verdaderamente, se echa en falta un desarrollo constitucional y moderno de la institución del indulto; en un sentido o en otro: restrictivo o hasta derogatorio, o bien de afianzamiento y modernización, pero, en todo caso, adaptado a nuestro actual Estado de Derecho.

La vetusta Ley de 1870, aun reformada –por no decir, remendada–, poco aclara sobre múltiples aspectos de este derecho de gracia del que el indulto es una manifestación más: desde el papel que puedan y deban jugar en la institución conceptos como el de la reincidencia o el *“arrepentimiento”* –los cuales pueden haber quedado arcaicos en las previsiones de la antigua Ley–, hasta cuándo el juzgador o el gobierno deben comportarse de forma taxativa, pues la Ley adolece de una muy amplia indeterminación en sus disposiciones, pasando por una, cómo no, revisión general de la institución a la luz del actual sistema democrático basado en la división de poderes. En definitiva, si es que se desea mantener este sistema de clemencia –como parece–, más que una reforma, lo necesario y conveniente sería una nueva ley reguladora.

1.3 En primer término, como decimos, la Ley, a pesar de la muy delicada materia que trata –estamos ante una cuestión casi siempre atinente a la libertad–, establece unas directrices alto inconcretas. En numerosos artículos parece quererse imponer

¹ Todos los artículos citados a continuación sin otras referencias, son de esta Ley.

² Es la Ley, pues, la que no puede autorizar indultos generales, no el Rey, ya que en este caso habría sido utilizado el pronombre *“quien”*.

una regla, que inmediatamente después resulta excepcionada, quedando de este modo el precepto, en definitiva, vacío de contenido.

No podrán gozar del derecho de gracia los reincidentes, dice el artículo 2.3, por ejemplo, excepto si el Tribunal sentenciador considera que hay razones de justicia y equidad bastantes; de este modo, en verdad, nada se ordena sobre cómo habrá de procederse con penados reincidentes. O bien: puede accederse al indulto de las penas accesorias y de las principales, siendo unas independientes de las otras, a no ser que las mismas sean inseparables (art. 7); con ello, de nuevo, no existe regulación alguna, en definitiva, sobre este importante extremo. Lo mismo sucede cuando la ley dispone que el indulto no comprende la devolución de la multa ya pagada, a no ser que se disponga otra cosa (art. 8), lo cual lleva en suma a que, respecto de la multa, se pueda adoptar cualquier decisión, que todo será correcto. Asimismo, la ley permite que pueda ser conmutada la pena en otra menos grave dentro de la misma escala, a no ser que se considere que hay méritos suficientes para lo contrario (art. 12): una vez más, como vemos, una regulación carente de toda sustancia. O, por citar un último ejemplo: conmutada la pena principal, se entenderán conmutadas también las accesorias, a no ser –vuelve a rectificar el legislador decimonónico– que se disponga lo contrario (art. 13). Sean éstos algunos de los muchos ejemplos, pues, que podrían ser propuestos, en el sentido de la muy *amplia indeterminación* a la que –dicho de forma ciertamente benévolamente– nos hemos referido *supra*.

1.4 Por lo demás, a la vista de un Código Penal como el de 1995, que ha asumido sin duda el –llamado– sistema de doble vía, pues prevé en su seno como consecuencias jurídicas, tanto penas, como medidas de seguridad, una Ley de Indulto acorde y consecuente con dicho sistema exigiría, naturalmente, un pronunciamiento expreso sobre las posibilidades de gracia de las medidas de seguridad, en un sentido o en otro. Al respecto, la antigua Ley de Vagos y Maleantes de la II. República, fechada en 1933, en su artículo 19, excluía expresamente a las medidas de seguridad del beneficio del indulto, pero, naturalmente, dado el carácter de esta Ley, irrespetuoso con el derecho penal del hecho, ninguna conclusión segura podrá ser extraída de ella para nuestro actual sistema.

En general, este único apunte que exponemos de comparación de la Ley de Indulto y de un Código Penal que entra en vigor más de un siglo después, puede y debe ser generalizado:³ cambio de perspectivas, nuevos enfoques de la teoría de la pena,

³ Y lo mismo cabe decir, qué duda cabe, de una confrontación –tan necesaria– con el propio Texto Constitucional, como también tendremos ocasión de mostrar a lo largo del presente trabajo. – Quien desee profundizar en esta materia –que no es otra cosa que profundizar en la materia– no puede dejar de consultar dos obras monográficas: GARCÍA MAHAMUT, Rosario

originales avances de la teoría jurídica del delito, radicales transformaciones en los posibles sujetos pasivos de las penas -las personas jurídicas- y, por ende, de las medidas de gracia, y un largo etcétera de novedades, todo pretende ser mantenido sin más, como si nada hubiera cambiado, superpuesto a una anciana y hasta achacosa Ley de Indulto. Por respeto a los penados urge una nueva ley, desde luego, si es que se desea mantener un tal sistema de clemencia, y, si no, pues lo que se impone es su derogación.

2. *Naturaleza jurídica y breve excursus sobre la amnistía*

2.1 Existen una serie de supuestos los cuales, con mayor o menor extensión u operatividad, traen consigo que la pena, a pesar de ser la consecuencia jurídica del delito, no sea aplicable; en suma, que quede excluida. Estamos en estos casos ante las causas de exención o exclusión de la pena.⁴

No es que el delito se niegue o se “extinga”, como en ocasiones se ha pretendido, sino que, por el contrario, se expresa tan sólo una renuncia a la pena cuando su no aplicación produce más ventajas que inconvenientes. Ninguna de dichas causas, por tanto, es proyectada sobre el delito -el cual ya ha existido y es perfecto-, sino sobre la pena; o, si se quiere, no sobre la punibilidad, sino sobre su proceso de concreción, e incluso, más particularmente, en algunos casos -como de forma habitual, precisamente, en el indulto-, cuando la misma ya ha entrado en la fase de ejecución. Se contempla la pena y no, por ende, el delito. Se actúa sobre aquélla, y no sobre la punibilidad. De suerte que tales causas ni extinguen el delito, ni tampoco lo niegan: el delito ya ha existido, ha pasado si se quiere, pero no desaparece, ni se niega, sino que es, precisamente, el presupuesto *sine qua non* de la media de gracia.⁵

Con estas causas, por consiguiente, la punibilidad no se ve menoscabada, ni tampoco así elemento alguno de la estructura del delito, puesto que aquélla subsiste, abstractamente, en la previsión de la norma. A pesar de ello, la institución del indulto puede que afecte a la restauración de la vigencia de la norma: la norma,

El indulto – Un análisis jurídico-constitucional, Madrid y Barcelona 2004; y AGUADO RENEDO, Cesar, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, Madrid 2001.

⁴ Por todos, COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho Penal, Parte General*, 5.^a ed., Valencia 1999, pp. 947 y ss., 950 y ss.; una bibliografía española histórica sobre el indulto (en especial: PACHECO, Joaquín Francisco, ARENAL DE PONTE, Concepción, DORADO MONTERO, Pedro, etc.), en: LINDE PANIAGUA, Enrique, *Amnistía e indulto en España*, Madrid 1975, nota 10 en pp. 18 y ss.

⁵ Una crítica de las distintas tesis en: COBO DEL ROSAL, Manuel, “La punibilidad en el sistema de la Parte General del Derecho penal español” en *Estudios penales y criminológicos* (T. VI), 1983, pp. 49 y ss.

tras la comisión del delito, se estabiliza habitualmente mediante la pena (la negación hegeliana de la negación que es el delito),⁶ y toda clemencia irrumpre de forma abrupta en dicha estabilización, desestabilizando el propio sistema. Importa pues, y mucho, que la pena no se aplique, o que su ejecución se vea interrumpida; aunque el delito se encuentre completo y afirmados todos y cada uno de sus elementos constitutivos, no se produce de forma completa la reafirmación de la vigencia de la norma: si bien se da un primer paso para ello mediante la firmeza de la sentencia que impone la pena –aspecto simbólico y, por ende, ya comunicativamente relevante–, debiera ser necesaria también su ejecución –las sentencias claman por ser ejecutadas, se dice con razón–. Son dudas éstas que aquí son traídas de la mano de una concepción del Derecho penal como estabilizador de las expectativas dentro de un sistema constitucional de derechos fundamentales, pero que probablemente puedan ser predicadas igualmente desde otras perspectivas: desde las teorías de la prevención especial, desde la prevención general negativa, y otras.

2.2 En cuanto a la amnistía, la Constitución guarda un absoluto silencio acerca de ella.⁷ La doctrina penal ha entendido que la ausencia de específica prohibición, por un lado, y el genérico reconocimiento constitucional del derecho de gracia, por otro, deben conducir a la admisión de la amnistía, si bien entendida como una modalidad por demás extraordinaria y siempre estrictamente regulada por la propia Ley que la conceda.⁸

A nuestro entender, la Constitución debiera también haber prohibido expresamente la amnistía, por las mismas o más razones que no son permitidos los llamados indultos generales.⁹ Es más: creemos que puede mantenerse, que si los indultos generales están constitucionalmente prohibidos, con mucha mayor razón debiera entenderse prohibida la amnistía. Probablemente carezca de sentido, desde luego, prohibir lo menos (indultos generales), y permitir lo más (amnistías), aunque tampoco desconocemos que como quiera que éstas habrían de ser concedidas por el Parlamento en virtud de Ley, puede que las razones últimas que ciertamente limitan la potestad de gracia –e impiden la gracia general– tal vez no afecten al poder legislativo de las Cortes generales. En todo caso, la jurisprudencia constitucional

⁶ Cfr. LESCH, Heiko Hartmut, *La función de la pena*, Madrid 1999 (trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles), pp. 11 y ss., 45 y ss.

⁷ La Constitución de 1931, por su parte, sí distinguía en su artículo 102 entre indultos generales y amnistía. Los primeros estaban prohibidos y, la segunda, sólo podía ser acordada por el Parlamento. La actual, como hemos visto, al no hacer referencia a la amnistía, desconoce la institución, dejando abierta la cuestión a la controversia doctrinal.

⁸ Por todos, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, con la colaboración de Fermín MORALES PRATS y José Miguel PRATS CANUT, 2.^a ed., Elcano 2000, p. 764; AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales*, 2001, pp. 74 y ss. – De otra opinión, MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 7.^a ed., Barcelona 2004, 33/13 y ss.

⁹ Cfr. también MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 2004, 33/16.

italiana ha apuntado al respecto un principio difícil de observar en las leyes individuales: la necesaria sumisión de la amnistía al principio de igualdad.¹⁰

La discusión, en consecuencia, debe centrarse en la admisión o no de tal medida de gracia, pues, como dijera *Dorado Montero*, una vez admitido el poder para la concesión de amnistías, el mismo no conoce límites. Sin embargo, precisamente por ello, tal instituto es de difícil compatibilidad con la concepción general de un Estado de Derecho (artículo 1.1 de la Constitución); aunque hubiera que entender que la amnistía no se halla vedada *per se* absolutamente en un Estado de Derecho, es preciso reconocer que la disposición parlamentaria que la acordase resultaría constitucionalmente sospechosa. En todo caso, por lo que al derecho positivo actual se refiere, el artículo 130 del Código Penal no hace referencia alguna a la amnistía como un caso de exclusión de la pena, o, si se quiere, de extinción de responsabilidad criminal –a diferencia del derogado artículo 112.3.º–, de modo tal que, como concreción del derecho de gracia, el Código sólo reconoce al “indulto particular”, lo que debería llevar a la conclusión de que la discusión sobre la posibilidad de la amnistía carece hoy día, ya, de toda vigencia.

2.3 Y es que, en general, las críticas que pueden y deben hacerse a la institución de la clemencia, son muchas y muy fundadas, no sólo en su modalidad de amnistía, sino también en su vertiente de los indultos generales e, incluso, respecto de los indultos particulares, reconocidos por la Constitución, probablemente como concesión al pasado –a un pasado sin un Estado de Derecho en la actual inteligencia–, pero para sorpresa jurídica del presente –y decimos sorpresa, pues nada nos ha sido explicado de las medidas graciables *por y desde* las actuales concepciones del Estado–.

Estas manifestaciones del Derecho de gracia no son más que expresión aguda de la “mala conciencia” en la legislación y justicia penales. Parecen constituirse en una suerte de propia autonegación del Derecho penal vigente, pues, por lo general, es la propia Ley la que desempeña, contra la medida de gracia, esa función negadora. Por ello, no puede extrañar que la doctrina penal haya mostrado habitualmente su rechazo a los institutos de la amnistía y del indulto general, y, desde luego, muchos de los reproches que a ellos se hacen son perfectamente predicables de los indultos particulares.

El problema más grave que plantea este tipo de medidas de gracia es que suponen un atentado frontal para el principio de legalidad de los delitos y de las penas. Por eso, una política general de indultos y amnistías nos sitúa en épocas históricas, lógicamente, pues en aquéllas dicho principio de legalidad no regía, o, lo que es lo

¹⁰ *Vid., v. g.*, S.S. n.º 4/1974 y 214/1975.

mismo, etapas pretéritas en las que no podía afirmarse la vigencia del Estado de Derecho y la aplicación del Derecho penal no se hallaba separada del poder político estatal.

En efecto, el “derecho de gracia” no es más que una supervivencia clemente que ha llegado hasta nuestros días, y, en sus manifestaciones más generales, adolece de motivaciones netamente políticas.¹¹ No se trata más que, en definitiva, de una renuncia expresa al ejercicio del poder punitivo del Estado, fundada en razones de convivencia política, la cual resultaba lógica en un Estado que ejercía el *ius puniendi* de forma arbitraria, pero no en un Estado, como el actual, que lo ejerce de una forma ordenada –con arreglo a la ley– y, sobre todo, en separación de poderes. Cuando el titular del *ius puniendi*, sin separación alguna de poderes, era el Monarca, lógico era que él retuviese la otra cara de la moneda del derecho a castigar: el derecho a perdonar.¹² Pero lo cierto es que el derecho de gracia, reconocido al Rey, ya no puede ser, por tanto, atribuido a alguien distinto de a quien está conferido el poder de juzgar, que no es otro que, según la propia Constitución, el pueblo¹³. Y así, obviamente, hoy día, como quiera que el ejercicio del *ius puniendi* recae en el poder judicial, resulta un cuerpo extraño al propio sistema que el poder ejecutivo (indultos) o el legislativo (amnistías) puedan retener la contrapartida de dicho poder, es decir, de un poder que no les pertenece. En este sentido, el derecho de gracia se constituye como un límite no suficientemente justificado a la división de poderes.¹⁴

¹¹ LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, 1975, p. 16 y *passim*.

¹² Algun supuesto, entremezclado con la tradición y una concepción teocrática, todavía pervive: desde 1759 la Cofradía malagueña “Nuestro Padre Jesús Nazareno ‘El Rico’” mantiene la prerrogativa de elevar propuesta de indulto al Consejo de Ministros, tal y como fue aprobado desde la Pragmática de Carlos III.

¹³ Sobre los orígenes y contexto iusfilosófico del denominado derecho de gracia, cfr. BACIGALUPO, Enrique, “Los límites políticos del Derecho penal”, en BACIGALUPO, Enrique *Justicia penal y Derechos Fundamentales*, Madrid y Barcelona 2002, pp. 9 y ss., 18 y ss.

¹⁴ BACIGALUPO, “Los límites políticos del Derecho penal”, en BACIGALUPO, *Justicia penal*, p. 24 y s.; similar: MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 2004, 33/11. – En sentido intermedio (“*incompatible con el Estado de Derecho*”), pero finalmente aceptando su existencia en pos de “*la realización de la justicia material*” (“*el indulto particular resulta por eso una institución imprescindible*”), QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 2000, p. 763, posición doctrinal que ha de ser considerada mayoritaria; MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, 5.^a ed., Valencia 2002, pp. 419 y s.; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena Blanca, en ZUGALDÍA ESPINAR, José M. (dir.), PÉREZ ALONSO, Esteban J. (coord.) *Derecho Penal, Parte General*, Valencia 2002, p. 955; una postura también intermedia en CALDERÓN CEREZO, Ángel/CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona 1999, pp. 534 y s.; GARCÍA MAHAMUT, Rosario, *El indulto*, 2004, pp. 59 y ss., 93 y ss. (aun mostrando sus dudas sobre la regulación, “*la gracia constituye un instrumento de dirección de la política criminal que avala directamente la posición constitucional del Gobierno en esta materia, sobre la que el legislador no podrá prescindir*”); AGUADO RENEDO, César, *Problemas constitucionales*, 2001, pp. 101 y ss.; cfr. también, BUENO OCHOA, Luís, *Elogio y refutación del indulto – Estudio sobre la gracia de indulto y su regulación en*

A este juicio crítico general ha de añadirse que este tipo de medidas de gracia, por definición y también como consecuencia de sus orígenes históricos, basa su tipología en la ausencia de reglas fijas para la toma de la decisión clemente, lo que, en definitiva, supone que la misma se torna arbitraria, en el sentido literal del término: como facultad que tiene el hombre de adoptar una resolución con preferencia a otra, simplemente. La incompatibilidad con el principio de igualdad ante la ley, propio también de nuestro Estado de Derecho, se muestra, pues, también en este sentido, manifiesta.

2.4 En todo caso, este sucinto análisis crítico que acabamos de exponer, no debe necesariamente ser entendido como un alegato que conduce a un desamparo del penado en situaciones límite. Antes bien, más adelante veremos que una hipotética supresión del derecho de gracia podría y debería ser compensada en Derecho sin demasiadas dificultades -de hecho, las bases para tal compensación ya existen- y, sobre todo, con mayores garantías, mediante una aplicación de otras posibilidades legales que, como decimos, ya son actualmente existentes, pero que hoy día permanecen infráutilizadas al albur, precisamente, del instituto del indulto.¹⁵

Así, veremos que, por un lado, en general, el indulto no es la mejor manera de “enmendar” la ley penal, y que, por otro, en concreto, tampoco una “corrección” de hipotéticos errores judiciales -otra de las justificaciones que, tradicionalmente, se atribuyen al instituto del indulto- tiene razón de ser que quede excluida del actual sistema de recursos, incluido el denominado extraordinario de revisión.

2.5 Partiendo, no obstante, como debemos, de la existencia de una Ley de Indulto con plena vigencia -y aplicación-, y dejando de lado, pues, las anteriores reflexiones en sentido más bien abolicionista, veamos a continuación por tanto una interpretación de la misma que habrá de ser, en todo caso, pues, conforme a la Constitución.

el ordenamiento jurídico español, Madrid 2007, pp. 41 y ss., 55 y ss.; - véase también la solución que, por nuestra parte, proponemos *infra* (4.).

¹⁵ Cfr. especialmente *infra* lo referente a la cuestión de inconstitucionalidad (4.).

3. Ámbito de aplicación

3.1 El indulto puede ser total o parcial (arts. 1 y 4) y respecto de cualquier delito (art. 1),¹⁶ salvo excepciones personales –a los miembros del Gobierno– que veremos más adelante.

Total, si produce la remisión de todas las penas objeto de la condena y que todavía no hayan sido cumplidas; parcial, si la medida de gracia afecta tan solo a alguna o algunas de las penas impuestas o a parte de alguna o algunas de las pendientes de cumplir,¹⁷ o, en su caso, a la conmutación de la pena impuesta en otra menos grave. En estos últimos supuestos, se trata de un indulto parcial en el sentido de que, además, la conmutación deja de tener efecto, si el reo deja de cumplir la pena resultante de la gracia (art. 14). Esto hace, con razón, que la conmutación haya de ser calificada más como un “indulto impropio”, que como una medida de gracia plena.¹⁸ Por lo demás, veremos *infra* cómo la previsión legal sobre la conmutación ha quedado desfasada, a la luz del vigente Código Penal.

3.2 El indulto no comprende la devolución de la multa ya pagada, ni exime del desembolso del resto, a no ser que, respecto de ambas cosas, sea acordada otra solución en el decreto de indulto expresamente (art. 8). Como ya apuntábamos en el primer epígrafe de este trabajo, este “sistema” de regla-excepción es trivial y nada aporta, pues, así, ciertamente, no existe una verdadera previsión legal, sino tan sólo una apariencia de tal.

¹⁶ En la práctica, la estadística se presenta como sigue: de los 453 indultos otorgados en 2005 (7.291 desfavorables, 1.646 archivados), el 38,57% lo fueron a penados por delitos contra el patrimonio –en general, reos toxicómanos rehabilitados–, el 27,64% a penados por delitos contra la salud pública con penas menores de tres años, el 15,30% por delitos de lesiones y el 9,60% por falsedades (fuente: Subsecretaría de Estado del Ministerio de Justicia, en: *El País*, 27 de febrero de 2006); en cambio, suelen ser rechazados casi automáticamente los indultos en penados por delitos de la denominada violencia de género, por motivos xenófobos, contra la seguridad en el tráfico, contra la libertad sexual, y aquellos que –se dice– causan alarma social, como el asesinato, torturas o tráfico de armas. En total, en definitiva, solamente cerca del 5% de las solicitudes prospera. – Sobre cómo se ha aplicado históricamente la vía del indulto en los supuestos de terrorismo, cfr. el completo relato respecto de “ETA político-militar” en DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luís, “Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas”, *CPC* (30), 1986, pp. 584 y ss.

¹⁷ Cfr., por ejemplo, de los 1.443 indultos de 1 de diciembre de 2000 publicados en el BOE n.º 305, de 21 de diciembre de 2000, los números del 23.430 al 23.436 o del 23.438 al 23.467 (“*la mitad de la pena privativa de libertad pendiente de cumplimiento*”), 23.437 (dos años de la pena privativa de libertad impuesta por un delito de parricidio, 20 años y un día), 23.468 (dos años de la pena privativa de libertad impuesta por un delito de asesinato consumado y otro de asesinato frustrado, veintiséis años, ocho meses y un día, y diecisiete años, cuatro meses y un día, respectivamente) etc.

¹⁸ SOBREMONTE MARTÍNEZ, José Enrique, *Indultos y amnistía*, Valencia 1980, p. 246.

En general, habrá que decir, sin embargo, que no hay motivo para establecer particularidad alguna respecto de la pena de multa en relación con otro tipo de penas: la multa es una pena más de las previstas en el Código Penal (cfr. art. 32 CP), y, como tal, debe comportarse a efectos de indulto. Que el indulto exonera del pago del resto de la multa (art. 8, primer inciso), es tan obvio como que la medida de gracia exime del cumplimiento del resto de la pena de privación de libertad impuesta. A su vez, empero, no se justifica, por qué habría de ser devuelto el importe de la multa ya pagado, pues -en esta comparación obligada con otras penas que estamos haciendo- tampoco se indemniza -al modo de una suerte de error judicial- al penado por cada día de privación de libertad ya cumplida antes de la concesión del indulto (una especie de "devolución" del importe carcelario de libertad ya pagado). Por ello, si decidiese adoptarse otra solución, el legislador quedaría en deuda de explicar desde argumentos -por ejemplo- de política-criminal o de resocialización, la diversidad que justifique el tratamiento distinto de lo que, en sí, son cuestiones iguales -la pena de multa y el resto de las penas-. En la actualidad, se suelen indultar las penas privativas de libertad, total o parcialmente, aunque no así las multas.¹⁹

3.3 El legislador se muestra contrario a la concesión del indulto total, al disponer expresamente el artículo 11 de la Ley que la medida de gracia total se otorgará "*tan sólo en el caso de existir a su favor razones de justicia, equidad o utilidad pública, a juicio del Tribunal Sentenciador*". De este modo, se establece una suerte de doble "traba" restrictiva: la primera, porque el indulto total es considerado una excepción; la segunda, porque, en verdad, este tipo de indulto queda en manos del tribunal sentenciador, pues únicamente si a su juicio existen las mentadas razones de justicia, equidad o utilidad pública -y así lo expresan en su preceptivo informe-, se otorgarán indultos totales; en otras palabras, a diferencia de en un posible indulto parcial, el dictamen del tribunal sentenciador -al que nos referiremos más adelante- resulta determinante en para el indulto total.

Esto último, qué duda cabe, implica un dilema difícil de superar: puesto que el Tribunal sentenciador ha condenado -de otra forma, no sería necesaria petición alguna de indulto-, ¿por qué habría entonces de entender ese mismo Tribunal que hay razones suficientes para que no se cumpla lo que él dispuso?²⁰ Más adelante veremos que, si existen tales razones, la solución a este problema de -la mal

¹⁹ Cfr., por todos, algunos de los 1.443 indultos de 1 de diciembre de 2000 publicados en el BOE n.º 305, de 21 de diciembre de 2000, en particular los números del 23.337 al 23.478.

²⁰ Nos estamos refiriendo a los supuestos en los que, inexplicablemente -en todo caso, creemos que incorrectamente- no se hace uso de lo previsto en el artículo 4.3 del Código Penal; suponiendo que tal sistema, *per se*, sea el adecuado: al respecto, cfr. *infra* 4.

llamada- “justicia material” debió ser aportada por el propio tribunal sentenciador, sin necesidad de esperar a un tan postrero como inseguro “remiendo” graciable.

3.4 Enfatizando esta restricción legal al indulto total, el artículo 12 insiste en que “*en los demás casos se concederá tan solo el parcial*”, y, más aún, “*con preferencia [deberá ser adoptada] la conmutación de la pena impuesta en otra menos grave dentro de la misma escala gradual*”, en lo que antes llamábamos indulto impropio.

La referencia a la “*misma escala gradual*” no parece muy acertada si es que, por tal, se entiende la rebaja de la pena dentro del mismo tipo, por ejemplo, en lugar de cuatro años de privación de libertad, un indulto parcial de dos años, etc. En efecto, de seguirse este entendimiento, una conmutación de una pena de libertad, por otra de prohibición de aproximarse a la víctima, no estaría “*dentro de la misma escala gradual*”, por lo que atendiendo al tenor literal de la Ley, no sería posible, y, sin embargo, tales conmutaciones, desde luego, tienen toda su razón de ser *político criminal*. Una vez más, basta una lectura pausada de la Ley de Indulto para descubrir numerosas fallas en su articulado, propias probablemente de las intrínsecas dudas sobre su naturaleza jurídica (¿jurídica?, ¿política criminal?).

3.5 El indulto puede ser concedido respecto de las penas accesorias y no de las principales, o viceversa (art. 7), aunque, conmutadas estas últimas, se entenderán, salvo mención expresa en contrario, conmutadas también las accesorias (art. 13).²¹ Por lo que respecta a la inhabilitación, el correspondiente decreto de indulto habrá de mencionarla expresamente, si se desea extender a ella los efectos del mismo. De nuevo, pues, el “sistema” regla-excepción, imbricado y absurdo.

La medida de gracia, en todo caso, no elimina ni la responsabilidad civil, ni las costas procesales (arts. 6 y 9). Ello es lógico, por cuanto se trata de responsabilidades pecuniarias *ex delicto*,²² y éste no desaparece con el indulto, como ya vimos, sino que, precisamente, es presupuesto de toda medida de gracia.

3.6 El artículo 3 de la Ley, como ya apuntamos en su momento, se refiere a que lo dispuesto en el artículo 2 no será aplicable a los penados por delitos contenidos en ciertos capítulos que hoy se corresponden, básicamente, con el Título XXI del

²¹ La mención expresa, de tal modo que no se indulten las accesorias, no viene siendo en la actualidad lo habitual: véanse, por todos, los 1443 indultos de 1 de diciembre de 2000 publicados en el BOE n.º 305, de 21 de diciembre de 2000, los designados con números del 23.337 a 23.478. Cfr. también SOBREMONT MARTÍNEZ, *Indulto y amnistía*, 1980, p. 257.

²² Como es sabido, el artículo 240.2.º LECrim dispone, de forma rotunda, que no se impondrán nunca las costas a los que fueren absueltos, mientras que, por lo que se refiere a la responsabilidad civil, el artículo 116 CP deriva la responsabilidad civil tanto del delito, como de la falta.

Código Penal –“Delitos contra la Constitución”-. De ello se debe deducir, entonces, que para dichos delitos se podrá conceder el indulto a procesados que todavía no hayan sido condenados por sentencia firme, o que no estén a disposición del tribunal para el cumplimiento de la condena, o, finalmente, sin restricciones, a los reincidentes –pues lo contrario a estos tres extremos es lo que exige el citado artículo 2-.

Al estar regulada esta excepción para los antiguos delitos políticos –se pensaba, principalmente, en militares alzados en armas–, parece que en los demás casos será necesaria sentencia *firme* para poder proceder al indulto. Sin embargo, igual que en ciertos casos nuestros Tribunales vienen suspendiendo la ejecución de la pena ante la petición de indulto, cuando de ser ejecutada la sentencia, la finalidad de éste pudiera resultar ilusoria (art. 4.4.^o *in fine* CP), ilusorio puede resultar un indulto cuyos trámites se inician tras la firmeza de la sentencia, pudiéndolos haber iniciado, desde luego, con anterioridad. Se trata de la figura del indulto anticipado, ya utilizado respecto de los indultos generales.²³ A ello no podría argüirse que, entonces, lo ilusorio es el recurso interpuesto que impide de momento que la sentencia gane firmeza, pues se trata de dos vías distintas en beneficio del reo, que pueden correr paralelas sin mayores problemas, porque pertenecen a ámbitos distintos: al judicial el recurso, al ejecutivo el indulto.

Es más, aunque los tribunales están obligados a dictar sentencia, no pudiéndose negar a juzgar (art. 448 CP), lo cierto es que a la luz de la regulación actual, nada impide que se incluya un hecho en un decreto de indulto, antes de que haya recaído la sentencia, es decir, para el hipotético caso de que la misma fuese condenatoria, como se hacía habitualmente con los indultos generales. Piénsese, que el artículo 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal regula como uno de los “artículos de previo pronunciamiento” “la amnistía o indulto”, lo que parece dar a entender que puede haberse concedido la medida de gracia precisamente antes del juicio oral,²⁴ con la consecuencia de que se declare haber lugar a la excepción y se sobresea libremente antes del plenario (art. 675 LECrim).

Aunque, probablemente, se quiera interpretar que el precepto se refiere únicamente a los indultos generales –hoy prohibidos– y a las amnistías, nada dice la Ley de procedimiento de que no haya de ser aplicada también a los indultos particulares. Y es que, como el artículo 666 no puede estar refiriéndose al supuesto de que el

²³ Cfr. SSTS de 3 de mayo de 1979 y de 10 de octubre de 1979.

²⁴ Cfr. también LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, 1975, entre otras, pp. 111, 132 y s., 138 y s., 153, 177 y ss., 201 y ss.; de otra opinión, LLORCA ORTEGA, José, *La Ley de Indulto*, 3.^a ed. corregida, aumentada y puesta al día, Valencia 2003, pp. 28 y ss., en todo caso: pp. 205 y ss.; AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales*, 2001, pp. 101 y ss.

acusado ya hubiese sido indultado de un delito anterior y que coincida en los hechos con el objeto procesal del nuevo enjuiciamiento -porque entonces el artículo de previo pronunciamiento adecuado sería el de la “*cosa juzgada*”-,²⁵ de otro modo el precepto quedaría hoy vacío de contenido.²⁶

4. Legitimación activa y cuestión de constitucionalidad vs. aparentes supuestos graciabiles

4.1 En cuanto a la legitimación activa, no hay inconveniente en que el indulto sea solicitado, además de por el propio penado, “*por parientes o cualquier otra persona en su nombre, sin necesidad de poder escrito que acredite su representación*” (art. 19).

Ello significa que, aun sin anuencia del penado -no es necesario poder que acredite la representación-, cualquier persona que por entender que hay razones de justicia, humanitarias, de solidaridad u otras, lo considere conveniente, podrá instar el indulto. El “*en su nombre*”, por tanto, no significa “de acuerdo con él” o “con su consentimiento”, sino tan sólo que se trata de una solicitud “en favor de”,²⁷ como no puede ser de otro modo pues el peticionario no es el penado.

Otra cuestión es que, *a posteriori* y por las razones que sean, el propio reo deseé renunciar a la gracia, en cuyo caso probablemente no habrá que atender a su voluntad.²⁸ Si el indulto es la renuncia del Estado al *ius puniendi*, dicho ejercicio no está en manos del particular, pues él no es legitimado activo -ni nunca puede serlo- de dicho *ius puniendi*. Igual que no hay penas privadas, ya que las mismas constituirían una mera venganza particular, e igual que nadie puede permanecer en prisión tras el cumplimiento de la pena impuesta, aun en el hipotético caso de que así lo quisiese, no parece que el penado pueda negarse a la ejecución de un indulto ya concedido por petición de otro. Se trata, antes bien, de un derecho-deber supraindividual e indisponible, que no está al alcance del penado. Por lo demás, es

²⁵ También en su modalidad “procesal” de la denominada prohibición del *double jeopardy* (cfr. SSTS 30 de junio de 1997 y 27 de enero de 1996; SSTC 41/1997, de 10 de marzo, y 2/2003, de 16 de enero).

²⁶ De otra opinión, la bien fundamentada posición de GARCÍA MAHAMUT, *El indulto*, 2004, pp. 152 y ss.; en realidad, las discrepancias con esta autora pasan por una premisa básica con la que estamos, empero, totalmente de acuerdo: es difícil extraer soluciones seguras de la mano de una legislación que ha quedado francamente obsoleta; ahí está el problema, probablemente irresoluble en la actual situación legislativa.

²⁷ Cfr. ATS de 8 de septiembre de 1998; cfr. también LLORCA ORTEGA, *La Ley de Indulto*, 2003, pp. 135 y ss.

²⁸ De otra opinión, AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales*, 2001, pp. 183 y ss.

lo cierto que en ningún momento durante la tramitación, ni durante la resolución del indulto, la Ley exige consentimiento alguno del penado.

En todo caso, la actual legislación del indulto presupone una suerte de reconocimiento del delito por parte del penado (signos de arrepentimiento), y ello constituirá un obstáculo práctico de primer orden para la validez de las reflexiones que acaban de ser hechas, impedimento legal, con el que, empero, creemos que no se debe estar de acuerdo.²⁹

Así, parece que lo más acorde con nuestro sistema de derechos fundamentales es que no se exija la solicitud del indulto por parte del posible beneficiado. Ello tiene su explicación en que dicha petición puede ser entendida, aunque no se corresponda con la realidad, como una suerte de aceptación de la autoría del hecho, de tal modo que una manifestación en este sentido no le es exigible a quien, tras la condena, sigue proclamando su inocencia. En un sistema constitucional que reconoce el derecho a no confesarse culpable, y ello también -¿por qué no?- tras la conclusión del proceso, hacer depender la concesión de un indulto de la propia petición del penado colisionaría con tal derecho. Sobre ello volveremos más adelante.

4.2 El indulto también puede ser propuesto -por seguir con la legitimación activa- por el propio Tribunal sentenciador, competente para su aplicación si el mismo es concedido (art. 31). Igualmente, el Tribunal Supremo o el Ministerio Fiscal, según establece el artículo 4.3 del Código Penal, están legitimados para la propuesta (art. 20). Según esta disposición, el Juez o Tribunal acudirán al Gobierno, exponiendo la conveniencia de derogar o modificar un precepto o conceder un indulto -sin perjuicio de ejecutar la sentencia-, “cuando de la rigurosa aplicación [sic] 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, atendiendo el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo”.³⁰

La Ley no especifica, empero, si la propuesta del Tribunal sentenciador ha de ser incluida y es parte de la sentencia condenatoria, o si la misma habrá de hacerse de forma separada e independiente de la sentencia, constituyendo materia reservada

²⁹ De este “arrepentimiento” nos ocuparemos *infra*, pero el mismo puede ser, por ejemplo, anterior -mediante una declaración pública- e independiente del consentimiento con la solicitud por un tercero de la medida de gracia.

³⁰ Cfr. la breve estadística de sentencias antiguas del Tribunal Supremo que hacen uso de tal facultad en: LINDE PANIAGUA, *Amnistía e Indulto en España*, 1975, pp. 193, nota 20. En la actualidad, por ejemplo: SSTS de 21 de septiembre de 2001, 16 de julio de 2001, 9 de abril de 2001, 27 de junio de 2000, etc., todas ellas referidas a delitos contra la salud pública.

hasta que el Ministerio de Justicia forme el correspondiente expediente, pues las dos posibilidades existen.³¹

4.3 Es claro que esta facultad de proponer la concesión del indulto por parte del propio Órgano Jurisdiccional no debe ser utilizada cuando se dude sobre la calificación de un hecho o sobre la prueba –o como “complemento” a una segunda sentencia de casación–,³² pues allí, sin mayores dificultades, serán de aplicación los principios de legalidad y de presunción de inocencia.

Sin embargo, lo cierto es que la previsión legal resulta muy cuestionable también para los casos en donde incluso, efectivamente, la pena resultante de la “*rigurosa aplicación de la Ley*” (¿se debe aplicar la Ley de otra forma?) sea “*notablemente excesiva*”. En efecto, puesto que las penas crueles están constitucionalmente prohibidas (art. 15 CE) y las penas desproporcionadas vulneran el artículo 1 de la Constitución –ya que resultan siempre contrarias al principio de justicia por él proclamado–, lo único que deberán plantear los tribunales en estos casos, en los cuales ni tan siquiera con las reglas de individualización de la pena se pueda o deba corregir la situación –lo cual denota, claramente, que el problema está en la Ley, y no en el caso concreto–³³, es una cuestión de inconstitucionalidad (art. 35 LOTC). De otra forma, un acto que debiera ser *de justicia*, se torna injustamente en un mero acto *de gracia*. O, lo que es peor aún, de otra forma, la institución del indulto estaría siendo utilizada como un verdadero instrumento de simulación, taponador de soluciones dogmáticas o de necesarias reformas del ordenamiento jurídico,³⁴ como, por ejemplo, ha sucedido con el delito contra el deber de prestación del Servicio Militar –se indultaba, en lugar de reformar la Ley–,³⁵ o sucede actualmente en gran medida con las elevadas penas de los delitos contra la salud pública,³⁶ o, en fin,

³¹ Cfr. también LLORCA ORTEGA, *La Ley de Indulto*, 2003, pp. 69 y ss.

³² Véase, empero, el segundo párrafo del art. 902 LECrim.

³³ De otra opinión, por todos, SOBREMONTE MARTÍNEZ, *Indultos y amnistía*, 1980, pp. 267 y ss. (“*para atenuar, en ciertos casos, las durezas excesivas de la Ley penal, que los Jueces mismos no han podido evitar, asegurando mejor, de este modo, la individualización de la pena*”). Vid., asimismo, la bibliografía citada *supra* en nota 15.

³⁴ En sentido parecido, LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, 1975, pp. 46 y ss., p. 71, quien, como nosotros, también aboga por una “*juridificación de los fines por los que puede concederse clemencia*” (véase al respecto, *infra* 7.); LINDE PANIAGUA, Enrique, “*El indulto como acto de administración de justicia y su judicialización. – Problemas, límites y consecuencias*”, *Teoría y Realidad Constitucional* (5), 2000, Universidad Nacional de Educación a Distancia, pp. 161 y ss.

³⁵ Cfr. STS de 26 de febrero de 2001.

³⁶ Cfr., las SSTS ya citadas de 21 de septiembre de 2001, 16 de julio de 2001, 9 de abril de 2001, 27 de junio de 2000, etc.

sucedió en su día con el que parece ser semipermanente problema de las dilaciones indebidas.³⁷

Estamos, pues, ante un dilema de constitucionalidad de la Ley aplicable, que da lugar a una pena desproporcionada,³⁸ y no ante un mero tema de legalidad ordinaria, y menos aún ante una materia sencillamente graciable a solucionar vía indulto. La solución consistente en la cuestión de inconstitucionalidad es la única acorde con los principios que informan nuestro Estado de Derecho, a diferencia de aquella otra que, provisionalmente, se conforma con el simplón indulto *ad hoc*.

Aunque la cuestión de inconstitucionalidad, como es sabido, es promovida por los Tribunales, ello no obsta para que se inicie a instancia de parte –como el indulto–, y, en todo caso, se oirá siempre a las partes y al Ministerio Fiscal. Pero lo que es más importante: la cuestión de inconstitucionalidad trae consigo una sentencia que, en su caso, declara la nulidad, con efectos *erga omnes*, de los preceptos impugnados (art. 39.1 LOTC), lo cual vincula a todos los Poderes Públicos (art. 38.1 LOTC), y permitirá la revisión de sentencias penales (art. 40.1). Como se ve, pues, todo ello bien distinto y mucho más que la individual y exclusiva pretendida “solución” del indulto.

4.4 Para concluir con las posibilidades de legitimación activa del indulto, la ley también prevé que sea el propio Gobierno, incluso de oficio, el órgano que inicie los trámites para su concesión.

Por último, asimismo, el Reglamento Penitenciario ha venido a disponer que la Junta de Tratamiento, previa propuesta del Equipo Técnico, podrá solicitar del Juez de Vigilancia Penitenciaria la tramitación del indulto, para aquellos penados que hayan observado, al menos durante los últimos dos años, buena conducta, hayan desempeñado actividad laboral normal en el Centro o en el exterior, y hayan participado de las actividades de reeducación y reinserción social.³⁹ Una iniciativa

³⁷ Cfr. SSTS 10 de mayo de 1994, 15 de julio de 1994, 21 de marzo de 1995, 11 de febrero de 1997, 29 de abril de 1994, etc., que proponían al penado para la concesión de indulto, cuando lo que se imponía, como decimos, era otra solución para el problema.

³⁸ Cfr. también, BACIGALUPO, “Límites políticos del Derecho penal”, 2002, p. 25; véase también el voto particular a la STS de 27 de enero de 1997: “*la vulneración de un derecho fundamental no puede carecer de reparación jurídica. Esta, a su vez, no puede depender del derecho de gracia, pues, si así fuera, no estaríamos ante un derecho fundamental, sino ante una simple promesa de trato gracioso*”; véase también, GARCÍA MAHAMUT, *El indulto*, 2004, pp. 213 y ss.

³⁹ Art. 206 del Reglamento Penitenciario; véase también, LLORCA ORTEGA, *La Ley de Indulto*, 2003, pp. 84 y ss., pp. 154 y ss.; sobre el indulto a iniciativa del jurado (art. 52.2 LOTJ), allí mismo, pp. 88 y s., 162 y ss.; no es propiamente una “iniciativa”, pues los jurados son siempre preguntados al respecto.

legislativa, ésta del Reglamento, que -con las prevenciones que hemos mostrado respecto de la institución misma del indulto en general- ha de ser aplaudida.

5. *Legitimación pasiva*

5.1 En orden a la legitimación pasiva, esto es, quién puede gozar de las medidas de clemencia, la Ley desea hacer, en primer lugar, una expresa restricción: el fugado no puede beneficiarse del indulto, pues el graciable habrá de estar, dijo el legislador decimonónico, “*a disposición del Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la condena*” (art. 2.2.º).

Esta cuestión plantea el problema de qué sucede si el penado se sustrae a la justicia tras la petición de la gracia, por ejemplo, cuando, frustrado o desesperado, ve como el Órgano Jurisdiccional sentenciador no acuerda la suspensión de la ejecución de la pena hasta tanto se resuelva sobre su petición de indulto, y es requerido de ingreso en prisión. La Ley, una vez más, nada dice expresamente al respecto, y una futura legislación debería ocuparse del tema. No obstante, pudiera pensarse que la fuga no denota precisamente las muestras de arrepentimiento, luego el indulto, desde esta perspectiva -con la actual legislación-, debería, casi con seguridad, ser rechazado.

En cambio, desde luego, no es necesario para la concesión del indulto y su tramitación, que el reo ingrese en prisión, pues “*estar a disposición del Tribunal sentenciador*” no significa, ni mucho menos, necesariamente, ingresar en prisión, ni tan siquiera, tener el domicilio habitual en su mismo ámbito de jurisdicción.⁴⁰

5.2 En segundo término, el artículo 2.3.º exceptúa a los reincidentes de la posibilidad de la gracia, aunque señala, de todas formas, que si a juicio del Tribunal Sentenciador hubiese razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública, podrá ser otorgada la medida.

De este modo, en caso de reincidencia es preceptiva la venia del Tribunal sentenciador para la concesión de la medida clemente, esto es, su dictamen resulta vinculante -como en el supuesto ya visto del indulto total-, condición ésta que en el resto de las solicitudes de indulto no es obligada. No obstante, el informe favorable del Tribunal no lleva consigo aparejada la automática concesión del indulto.

⁴⁰ Cfr. Instrucción n.º 5/1992 de la Fiscalía General del Estado; cfr. también Consulta de la Fiscalía General del Estado 1/1994, sobre la posibilidad de suspensión del inicio de la ejecución de condenas penales ante la solicitud de indulto.

En todo caso, el tratamiento de la reincidencia no parece, ni mucho menos, correcto. La reincidencia, en tanto en cuanto siga constituyendo una circunstancia agravante genérica, no puede operar dos veces: una primera, en la condena, para agravar la responsabilidad; y la otra, en la ejecución de la condena, para impedir la posibilidad de un indulto. Ello constituye un quebranto del inveterado principio *non bis in idem*.

Por lo demás, la Ley de Indulto se refiere a “*los reincidentes en el mismo o en otro cualquiera delito*”, lo cual, a la luz del Código Penal de 1995, habrá de tenerse como tácitamente derogado.⁴¹ El artículo 2.3.^º –dejando de lado las salvedades que acabamos de exponer– en todo caso no podrá ir más allá que la definición del artículo 22.8.^a del Código Penal, pues otra interpretación de la reincidencia *ad hoc* para el instituto del indulto –que incluyese supuestos distintos a los señalados por el Código Penal como de reincidencia– sería una ilícita interpretación *extra legem* y *contra reo*. De este modo, para que un penado sea considerado reincidente a efectos de indulto, habrá de haber sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título del Código Penal, y no sólo eso, sino que además la condena habrá de referirse a delitos de la misma naturaleza. De otro modo, no hay reincidencia, por mucho que una Ley preconstitucional, la del indulto, lo diga. Es inimaginable que sin previsión legal expresa al efecto, se quisiese interpretar que hay dos tipos de reincidencia: una, la del Código Penal, con los presupuestos y efectos allí señalados; otra, cuya definición sería presuntamente más amplia, la de la Ley de Indulto, con los efectos denegatorios de la clemencia, allí reflejados.

5.3 Por último, también son exceptuados del derecho de gracia, el Presidente y los demás miembros del Gobierno, por cualquier tipo de delitos, aunque se mencionan expresamente los de traición y contra la seguridad del Estado (art. 102.3 CE). La *autoconcesión* de la medida de gracia es, por tanto, desdeñada por el legislador, que no confía –en general, con razón– en la justicia de una tal endógena decisión.

6. *Otros requisitos para la concesión del indulto: interpretaciones conforme a la Constitución*

6.1 Si la iniciativa no partió del Tribunal sentenciador, entonces la Sección de Indultos del Ministerio de Justicia enviará a éste la petición de la gracia, para que tanto el Tribunal como el Ministerio Fiscal informen sobre la misma, así como para que se dé audiencia a la parte perjudicada, si la hubiere, a fin de que manifieste si el indulto menoscabaría sus derechos.

⁴¹ Véase también LLORCA ORTEGA, *La Ley de Indulto*, 2003, pp. 25 y ss.

Aunque la Ley no lo prevé expresamente, nada impide, incluso, que se abra un período de prueba para acreditar lo alegado en la petición de indulto: por ejemplo, al objeto de que, a solicitud del proponente, sea requerido tal o cual órgano, o tal o cual institución, para la emisión de informe sobre la petición misma, sobre el comportamiento actual del penado, su grado de integración social, etc. –sobre ello, volveremos más adelante–. Si la iniciativa de la medida de gracia corrió a cargo del Tribunal, un segundo informe en este trámite es superfluo a no ser que se requiera una explicación complementaria, pero no así los otros informes que habrán de ser acompañados y que dispone la Ley de Indulto.

6.2 Requisitos materiales de todo indulto⁴² son, primero, que “*no se cause perjuicio a tercera persona o no lastime sus derechos*”, y, en segundo término, “*que haya sido oída la parte ofendida, cuando el delito por el que hubiere sido condenado el reo, fuere de los que solamente se persigue a instancia de parte*” (art. 15). Con ello, queda de nuevo al descubierto, la fragilidad de una institución que constituye una mezcolanza impropia de la división de poderes: si la pena es pública, no se alcanza a comprender qué perjuicio puede causar la gracia a la parte ofendida.⁴³ Estas desarmonías “*tutela de la víctima*” *versus* “*imputado*” tienen otra vía para su discusión: la judicial, y otro lugar para su debate: el proceso, y nada justifica que un poder extraño a todo ello: el ejecutivo, irrumpa en tal proceso dialéctico cuando el procedimiento judicial ya ha sido cerrado. En otras palabras, en realidad no existe una tal contraposición “*tutela de la víctima*” *versus* “*possible derecho a la clemencia por parte del penado*”.

6.3 Según los artículos 16 y 17 podrán imponerse al indultado “*las condiciones que la justicia, la equidad o la utilidad pública aconsejen*”. Estas condiciones podrán ser de cumplimiento anterior o posterior a la concesión de la medida de gracia. Anteriores, como el pago de la indemnización civil, para personas que se declaran insolventes de forma fraudulenta. Posteriores, como la prohibición de acercarse a la víctima, etc., aunque esto bien podría entenderse también, al menos hoy día (art. 33.3f CP), como una commutación de la pena por otra menos grave, como ya apuntábamos *supra* al hablar de lo que dimos en denominar “*indulto impropio*”.

En la actualidad, suele ser impuesta la condición de “*no volver a cometer delito doloso durante el tiempo normal de cumplimiento de la condena*”,⁴⁴ es decir, al modo de una suerte de suspensión de la ejecución de la pena según las normas del Código Penal.

⁴² La Ley habla, de modo impropio, de “condiciones tácitas” que, sin embargo, son mencionadas expresamente.

⁴³ Véase, empero, LLORCA ORTEGA, *La Ley de Indulto*, 2003, pp. 37 y ss.

⁴⁴ Cfr., a título de ejemplo, los ya citados 1.443 indultos de 1 de diciembre de 2000 publicados en el BOE n.º 305, de 21 de diciembre de 2000, con números del 23.337 a 23.478; en ocasiones,

6.4 Las solicitudes de indulto se presentarán, dice la Ley, ante el Tribunal sentenciador, ante el Director del Centro Penitenciario de cumplimiento o ante el Gobernador Civil de la Provincia, siempre dirigidas al Ministerio de Justicia (art. 22). En la actualidad, lo más rápido, efectivo y habitual es, empero, su presentación ante la Sección de Indultos del Ministerio de Justicia, pues es allí donde son sustanciadas las peticiones.

6.5 El Tribunal sentenciador, salvo para una serie de delitos supraindividuales en los que resulta potestativo,⁴⁵ emitirá informe sobre la pertinencia del indulto (art. 23).

Por su parte, según el art. 24, el Centro Penitenciario o el Gobernador Civil de la Provincia, según los casos, también dictaminará, sobre la conducta del penado. Este requisito, en caso de estar el penado todavía en libertad (es decir, para el caso de que no sea el Centro Penitenciario el emisor del informe), resulta incumplido, pues ningún informe se emite por el Gobernador Civil de la Provincia, ni, por lo demás, tiene elementos de juicio para tal testimonio.

Antes bien, el mismo puede -y hasta debe- ser sustituido, de lo que se ocupará el peticionario de indulto adjuntándolo a su solicitud, mediante informes de instituciones sociales que tengan relación con el penado, de compañeros o jefes de trabajo, de asociaciones de toda índole a las que pertenezca, etc., es decir, de personas de su entorno social, que puedan dar razón del solicitante, pues, como decimos, la referencia al Gobernador Civil ha quedado totalmente desfasada.

Después, como ya apuntamos, se dará traslado al Ministerio Fiscal y a la parte ofendida si la hubiere, para que manifiesten también su parecer.

6.6 En el informe del Tribunal sentenciador -continúa la Ley (art. 25)- constarán todos los datos personales, laborales, económicos (*"su fortuna, si fuere conocida"*) del penado, sus méritos y antecedentes, si ya gozó de anteriores indultos, la sentencia condenatoria, la condena que haya cumplido (agravantes y atenuantes), *"las pruebas o indicios de su arrepentimiento que se hubiesen observado"*, si hay o no parte ofendida y

sumado a la condición *"de que no se abandone el tratamiento iniciado hasta alcanzar la total rehabilitación"* (ej.: 23.360, 23.391); otras veces: *"en el plazo de dos años, desde la publicación del presente Real Decreto"* (ej.: 23.361, 23.383), *"de tres años"* (ej.: 23.364, 23.385), *"de cuatro años"* (ej.: 23.372, 23.389), etc.

⁴⁵ Estos delitos vienen regulados en el art. 29, el cual, adaptado al nuevo Código Penal debe entenderse referido a los delitos contenidos en los capítulos II, III y IV del Título XXI (Delitos contra la Constitución), y los capítulos I, II y III del Título XVIII (Delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado, y relativos a la defensa nacional).

si el indulto perjudica derecho de tercero, así como sobre la justicia y conveniencia – o no- de la concesión de la medida de gracia y forma de concederla, lo cual hace referencia, indudablemente, al tipo de indulto y a su extensión.

De estas circunstancias que acabamos de mencionar, algunas, empero, no debieran ser atendidas, a la luz de una interpretación de la Ley de Indulto conforme a la Constitución.

Así, en cuanto a la referencia a “*su fortuna, si fuere conocida*”, pues ello nada parece que deba poner o quitar a la concesión de la clemencia. Probablemente, el legislador histórico, estaba pensando en algo así como el grado de socialización del penado, por cuanto aquél que no dispusiese de fortuna, más fácilmente caería en el delito o, desde el otro punto de vista, por cuanto de quien tuviese fortuna, se podría predicar –en la visión decimonónica- una casi segura reinserción social. Pues bien, si es ésta – y no otra- la interpretación, en clave de si el penado se halla reeducado o reintegrado socialmente (art. 25.2 CE), tiene todo su sentido que ello conste en los informes que se extiendan –pero no sólo respecto de los aspectos económicos-, aunque, entonces, más bien, tales datos no debieran estar incluidos en el informe que debe rendir el Tribunal sentenciador –al que difícilmente le constarán estos extremos-, sino en el del Centro de cumplimiento o en el del Gobernador Civil –más bien: en sus sustitutivos ya expuestos: instituciones sociales, informe del empleador, compañeros de trabajo, clientes, etc.-.

6.7 Por su parte, la referencia a los antecedentes penales, no puede ser acogida, porque ello vulneraría el principio *non bis in idem* como ya expusimos *supra*, si es que con tal requisito la Ley se refiere a la reincidencia “*en el mismo o en otro cualquiera delito*”.

Pero es que, además, puesto que los antecedentes penales (no cancelables) impiden la suspensión de la ejecución de la pena según los artículos 80 y siguientes del Código Penal, también en este sentido estaríamos ante un supuesto de *bis in idem*: no se puede suspender la ejecución de la condena, por la existencia de los antecedentes, y no se puede tampoco indultar, de nuevo, por la existencia de los antecedentes. Tal situación cae en el –con razón denostado- derecho penal de autor, trasladado al ámbito de la ejecución penal y penitenciaria.

6.8 Otro tanto cabe decir de la mención a las circunstancias agravantes que hayan podido concurrir: si las mismas ya han sido tenidas en cuenta para la calificación del delito, y, por tanto, para la pena de la que se pretende el indulto, carece de sentido que ellas vuelvan a ser tenidas en cuenta para denegarlo (y, en el mismo sentido, resultaría igualmente inadecuado pretender como una suerte de mérito para la

obtención de la gracia, la concurrencia de alguna circunstancia atenuante, pues ésta ya habrá sido tenida en cuenta en la pena cuyo indulto se solicita).

6.9 Por último, tampoco parece asumible que haya de estarse a “*las pruebas o indicios*” del “*arrepentimiento*” del penado “*que se hubiesen observado*”.⁴⁶ Y es que, parece como si el legislador creyese que la jurisdicción penal fuera infalible y que, por ende, todos los condenados fueran culpables, de modo tal que siempre debieran arrepentirse. Antes bien, y no hace falta, obviamente, insistir en ello, hay culpables sin condena y, lo que es peor, inocentes, condenados. Difícilmente alguien que no ha reconocido su culpabilidad, lo cual fue erigido por nuestro Constituyente como derecho fundamental, puede después de la condena mostrarse arrepentido. Ni tiene por qué, ni probablemente le sea exigible. La referencia al arrepentimiento, pues, ha de tenerse por tácitamente derogada por el artículo 24.2 de la Constitución, que ampara el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, sin mención de clase alguna a que ello deba quedar circunscrito *al proceso*, pero no, también, que sea igualmente practicable *tras el proceso*, como es el caso. De hecho, puestos a analizar este *iter*, en la otra cara de la moneda, es decir, *antes del proceso*, es claro que el derecho fundamental también rige.

Dejando de lado estos supuestos, bastaría pensar a mayor abundamiento, por ejemplo, en los enjuiciamientos donde el imputado alegó un error de prohibición (art. 14.3 CP) –pero que finalmente fue acogido como evitable, es decir, con condena–, de modo que difícilmente podrá existir arrepentimiento: ¿cómo y de qué se va a arrepentir quien no supo –o alegó que no sabía– que su conducta era ilícita? ¿Se debe *arrepentir de no conocer* lo que dice la sentencia que debería haber conocido (error de prohibición evitable)? ¿Qué clase de arrepentimiento sería ese? Otros muchos ejemplos podrían ser traídos a colación.

Es más, incluso la referencia al arrepentimiento en el informe del Tribunal sentenciador no debiera constar, ni tan siquiera, en aquellos casos en que aparentemente el mismo concurra, de tal modo que en esos supuestos, en sí, no perjudicaría al penado. En efecto, ello daría lugar, lógicamente, a que en aquellos otros casos en que nada constase, fuese intuido por quien haya de decidir sobre el indulto que el penado no se habría arrepentido –pues, si no, constaría el mismo–, con la consecuencia de que no se evitaría, de todas formas, el problema que acabamos de señalar: se perjudicaría, en suma, a los penados sobre los que nada

⁴⁶ Menos aún cuando tal pretendido arrepentimiento es identificado con la delación; cfr., así, COBO DEL ROSAL, Manuel, “*Indultables: ¡¡arrepentíos!!*” en COBO DEL ROSAL, Manuel, *Fragmentos Penales I -Ensayos-*, Valencia 2002, pp. 227 y ss. (*La Razón, Tribuna Libre* [p. 56], 28 de marzo de 2002), un trabajo que tiene en cuenta una versión anterior –sin publicar– del presente.

constase de su arrepentimiento, a pesar de su intangible derecho a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables. Vía omisión, se les consideraría como no arrepentidos, con los perjuicios que ello acarrea.

De otro modo, este aspecto que, en verdad, ha previsto el legislador en el Código Penal como una atenuante –la del arrepentimiento espontáneo del artículo 21.4.^a, o la de la disminución del mal causado del número quinto del mismo precepto–, es convertido en una suerte de agravante postdelictual encubierta, por cuanto impediría la aplicación de la medida de clemencia.

Y todo lo anterior, dicho sea de paso, dejando de lado, además, los importantes problemas de prueba del supuesto arrepentimiento: ¿se pretende acaso una pregunta o interrogatorio al penado, para saber si está arrepentido y en qué medida? ¿Y si dice que sí y no es creído? ¿Qué clase de hechos habrían de concurrir para que se considerase “objetivado” el arrepentimiento?⁴⁷

6.10 Todos estos informes y la documentación que sea necesaria, serán remitidos al Ministro de Justicia por el Tribunal sentenciador, haya él mismo o no propuesto el indulto, señalan los arts. 26 y 27. Sin embargo, nada impide que el propio peticionario o terceros con interés, puedan también remitir los informes o documentos que consideren pertinentes directamente a la Sección de Indultos del Ministerio de Justicia, como ya expusimos *supra*.

6.11 El legislador ha previsto un trámite de urgencia o preferente, para los casos en que sea el propio Tribunal el que proponga el indulto, y los informes del Ministerio Fiscal, del Centro Penitenciario y del ofendido no se hayan mostrado contrarios a la medida de gracia (art. 28). La previsión del legislador tiene su motivación en que dichos indultos tienen, por obvias razones, más visos de prosperar que los propuestos por particulares. Además, también se prevé un “turno preferente” para los “expedientes calificados de especial urgencia o importancia”, sin especificar cuándo esta circunstancia habría de ser así.⁴⁸

La praxis abusa de la previsión legal, de tal modo que para los indultos propuestos por las demás partes legitimadas –y que no siguen, pues, este procedimiento de

⁴⁷ En parecido sentido, LLORCA ORTEGA, *La Ley de Indulto*, 2003, pp. 83 y s.

⁴⁸ De nuevo, pues, un artículo, en sí, vacío de contenido; dice la Ley: hay unos expedientes urgentes, que son los que reúnen unas especiales características que les distinguen de otros, a no ser que, de todas formas, estos otros sean calificados de especial urgencia o importancia. La solución a seguir, empero, entendemos que es la que proponemos en el texto a continuación: *todos* los expedientes son urgentes e importantes (pues faltaría más, tratándose de una cuestión de libertad); vid. también LLORCA ORTEGA, *La Ley de Indulto*, 2003, pp. 168 y ss.

urgencia-, parece no haber plazo alguno, sustanciándose los mismos casi siempre tras muchos meses de espera, y resolviéndose habitualmente tras año y medio o más.⁴⁹

Esta práctica, empero, es contraria a la Constitución. En primer lugar, porque aunque pudiera parecer que no es de aplicación el artículo 24.2 –referido al proceso sin dilaciones indebidas–, por cuanto el trámite de indulto no sería parte del proceso, lo cierto es que el artículo 4 del Código Penal, parece venir a contradecir esta interpretación, cuando dispone que si media petición de indulto, y el órgano jurisdiccional ha apreciado en resolución fundada que el cumplimiento de la pena podría vulnerar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, se suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la medida de gracia. Pero es que, además, en segundo término –y ello resulta definitivo–, lo cierto es que el artículo 53.1 de la Carta Magna dispone que los derechos reconocidos en el Capítulo II del Título Primero –entre los que se encuentra el derecho a la libertad personal (art. 17.1)– vinculan a todos los poderes públicos, y no parece que trámites burocráticos puedan demorar dicho derecho fundamental.

6.12 Una vez que el departamento correspondiente del Ministerio de Justicia efectúa todos los trámites, formulará propuesta de resolución que elevará al Consejo de Ministros para su aprobación.

6.13 La ejecución del indulto concedido corresponde al Tribunal sentenciador. Esta competencia encuentra su explicación en que, al fin y al cabo, han de ser eliminados los efectos de una resolución judicial –aun sin suprimirla–.⁵⁰ No obstante, la competencia de la ejecución de la medida de gracia no debe llevar a engaño: el indulto es y permanece un acto del poder ejecutivo y no del judicial.

La resolución del expediente de indulto, en caso de ser positiva, tendrá la forma de Real Decreto y se publicará en el Boletín Oficial del Estado (art. 30). El indulto se concede *“a propuesta del Ministerio de Justicia y previa deliberación del Consejo de Ministros”*, firmado por el Rey y por el Ministro de Justicia.

⁴⁹ De 9.390 expedientes que llegaron al Ministerio en 2005, 1.646 (¡!) tuvieron que ser archivados sin resolución, bien porque el peticionario había fallecido, o bien porque ya había cumplido toda la pena antes de la decisión sobre la solicitud (fuente: Subsecretaría de Estado del Ministerio de Justicia, en: *El País*, 27 de febrero de 2006).

⁵⁰ Cfr. también el art. 18.3 LOPJ.

7. Final del procedimiento de indulto y corolarios: recurribilidad, control y otros

7.1 La concesión del indulto es “*por su naturaleza*”, dice el artículo 18, irrevocable, con arreglo a las cláusulas según las cuales hubiere sido otorgado. Al tratarse de un acto político, en el sentido que ya expusimos *supra*, el tenor de la Ley lo tiene por no recurrible. En ello, la institución del indulto se comporta de modo similar a la extradición y es consecuente con sus orígenes y verdadera naturaleza.

Sin embargo, dejando de lado las críticas que ya se apuntaron en orden a dicha verdadera naturaleza de la institución, no es -o no debería ser-, ya que existe en un Estado de Derecho, una medida de gracia dislocada, sino que ha de someterse a la legalidad o jurisdiccionalidad, en primer lugar, por ejemplo, del artículo 11 de la LOPJ. En segundo término, también parece que la medida de gracia -o, mejor dicho, su denegación-, debería poder ser sometida a la jurisdicción contencioso administrativa -es un acto administrativo más- hasta llegar, en su caso, al Tribunal Constitucional, si quebranta el derecho a la igualdad (art. 14 CE).⁵¹ Esta opinión se vería reforzada si recordamos que la Constitución confiere al Rey el derecho de gracia “*con arreglo a la Ley*”.

Entre nosotros, esta opinión ya ha sido mantenida de *lege ferenda*,⁵² y, en otros países, como en Alemania, la opción por la posibilidad de revisión judicial del derecho de gracia, tiende también, correctamente, a imponerse.⁵³ Habría que lograr un sistema -insistimos: si es que se quiere mantener la institución del indulto-, en el que pueda ser ejercido un control jurisdiccional, y, en verdad, no sólo sobre los indultos producidos, sino, sobre todo, para poder dar cumplimiento a que se ejerzte la citada expectativa de gracia con igualdad, respecto de los no concedidos.

Allende de esta judicialización del instituto de la clemencia, el mismo, como ya vimos, no sólo constituye un lastre del Estado absoluto que ha perdurado hasta nuestros días, sino que, además, se erige probablemente en un continuo y soterrado

⁵¹ Cfr., empero, STC 8/1981 de 30 de marzo.

⁵² LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, 1975, pp. 50 y ss., 53; GARCÍA MAHAMUT, *El indulto*, 2004, pp. 239 y ss. (sólo sometido a control en cuanto a sus aspectos reglados, por ejemplo, procedimentales, y en cuanto su denegación pueda lesionar derechos fundamentales, por ejemplo, el derecho a la igualdad); ello es correcto, de modo tal que, por ende, *todos* los indultos serían susceptibles de control; en las conclusiones, similar (aunque desde puntos de partida diversos), AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales*, 2001, pp. 195 y ss., 201 y ss.

⁵³ Cfr. KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht, Ein Lehrbuch zum deutschen und europäischen Strafverfahrensrecht*, 5.^a ed., Heidelberg 1999, 70/1142; en contra, todavía, alguna jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (BVerfGE 25, 352), que se muestra titubeante (véase también, empero, BVerfGE 45, 187).

ataque al principio de igualdad. En este sentido, deben entenderse los movimientos que ha realizado el legislador en cuanto a la suspensión de la pena o la libertad condicional, como una forma incipiente, pero segura, de correcta judicialización del perdón.⁵⁴ En otras palabras, se han incorporado a los códigos penales manifestaciones propias del derecho de gracia, de tal manera que se ha reducido, correctamente, el “núcleo duro” de la clemencia –el indulto–, es decir, en suma, la arbitrariedad.

7.2 Según la R.O. de 24 de diciembre de 1914, todavía vigente, “informada” negativamente una instancia de indulto, no se cursarán otras relativas al mismo penado hasta un año después, por lo menos, de esa anterior. Se trata, con ello, de evitar el abuso consistentes en continuas peticiones.

Pero –abundando en lo que acabamos de decir– “informada” debiera significar “razonada”, pues la mera denegación de la gracia, sin más, no debería vedar, por haber sido inmotivada, la posibilidad de una nueva solicitud, con independencia de plazos.

7.3 El artículo 130 del Código Penal dispone, como ya vimos, que la responsabilidad criminal se extingue, entre otras causas, por el indulto. El indulto extingue, total o parcialmente, la pena; mientras que la amnistía, más bien, extingue el delito. En todo caso, la sentencia perdura con el mismo valor legal que antes de la concesión de la gracia, y nunca se tiene por no puesta.

Por ello, a efectos, por ejemplo, de computar la reincidencia, si el indultado volviese a delinquir, será considerado, en su caso –si se trata de un delito del mismo Título, etc.–, como reincidente.⁵⁵

7.4 Según el artículo 4 del Código Penal, la solicitud de indulto puede comportar la suspensión de la pena: si media petición de indulto, y el Juez o Tribunal aprecian en resolución fundada que debido al inicio del cumplimiento de la pena podría resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, se suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada.

Además, también podrá el Juez o Tribunal suspender la ejecución de la pena, mientras no se resuelva sobre el indulto, cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad de éste pudiera resultar ilusoria. En verdad, de aplicar en puridad esta

⁵⁴ Cfr. BACIGALUPO, “Los límites políticos del Derecho penal”, 2002, p. 26.

⁵⁵ SOBREMONTE MARTÍNEZ, *Indultos y amnistía*, 1980, p. 245.

última previsión del precepto, resulta claro que, entonces, todas las peticiones de indulto debieran tener efectos suspensivos.

7.5 Con motivo de un conocido caso, ha surgido la cuestión de si el Tribunal sentenciador puede controlar el acto del indulto. Se trató de un supuesto en el que la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en Auto de 18 de enero de 2001, entendió que no era posible el reintegro a la carrera judicial de un penado que había sido condenado por prevaricación judicial dolosa,⁵⁶ por cuanto la pena ya habría sido ejecutada. Algo parecido había ya sucedido en un supuesto anterior, el caso de un militar que había sido expulsado de la carrera militar, y a quien también se denegó el reingreso en la misma.

En la doctrina ha sido señalado que “el Tribunal encargado de su aplicación podrá inaplicarlo cuando se incumpla cualquiera de los requisitos ‘reglados’ de los que pueda tener conocimiento, que hacen referencia al procedimiento de concesión, al beneficiario y a los efectos del indulto”, aunque “el control de los Tribunales no alcanzará, en ningún caso, el ámbito discrecional que la Ley otorga al Jefe del Estado en lo referido a la oportunidad de la concesión y la extensión del beneficio”.⁵⁷ La cuestión, sumamente polémica, fue tratada por el citado Auto del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2001, y debiera quedar regulada y definitivamente zanjada en una futura nueva Ley.

7.6 Por último, el indulto tiene consecuencias en orden al principio *non bis in idem*. Así, el artículo 23.2 de la LOPJ, que establece el principio de personalidad a efectos de competencia, excluye del conocimiento de los Tribunales españoles, si el encausado ya ha sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, equiparando de esta forma, a efectos del principio *non bis in idem*, la situación del indultado a la del penado, como no puede ser de otra forma, correctamente: el indultado *es* un penado sobre el que se ejerce una medida de gracia.

8. Jurisprudencia citada

Tribunal Constitucional

STC núm. 41/1997, de 10 de marzo, ponente Tomás S. Vives Antón (RTC 1997\41).

⁵⁶ Real Decreto 2392/2000, de 1 de diciembre, publicado en el BOE de 21 de diciembre de 2000 (23.428), núm. 305.

⁵⁷ LINDE PANIAGUA, *Amnistía e Indulto en España*, 1975, pp. 185 y s.; detallado: LLORCA ORTEGA, *La Ley de Indulto*, 2003, pp. 174 y ss.; GARCÍA MAHAMUT, *El indulto*, 2004, pp. 247 y ss.

STC núm. 8/1981, de 30 de marzo, ponente Francisco Tomás y Valiente (RTC 1981\8).

STC núm. 2/2003, de 16 de enero, ponente María Emilia Casas Baamonde (RTC 2003\2).

Tribunal Supremo

STS de 3 de mayo de 1979, ponente Fernando Díaz Palos (RJ 1979\1960).

STS de 10 de octubre de 1979, ponente Fernando Díaz Palos (RJ 1979\3573).

STS núm. 876/1994, de 29 de abril, ponente Fernando Cotta Márquez de Prado.

STS núm. 1033/1994, de 10 de mayo, ponente Enrique Ruiz Vadillo.

STS núm. 1481/1994, de 15 de julio, ponente Manuel García Miguel.

STS núm. 2258/1995, de 21 de marzo, ponente Joaquín Martín Canivell.

STS núm. 35/1996, de 27 de enero, ponente Enrique Bacigalupo Zapater.

STS núm. 71/1996, 27 de enero, ponente Enrique Bacigalupo Zapater (contiene Voto Particular).

STS núm. 158/1997, de 11 de febrero, ponente José Antonio Martín Pallín.

STS 971/1997, de 30 de junio, ponente Roberto García-Calvo y Montiel.

ATS 7534/1998, de 8 de septiembre, ponente Joaquín Delgado García.

STS 1134/2000, de 27 de junio, ponente Joaquín Delgado García.

STS de la Sala de lo Militar, de 26 de febrero de 2001, ponente José María Ruiz-Jarabo Ferrán.

STS 605/2001, de 9 de abril, ponente Joaquín Delgado García.

STS 1453/2001, de 16 de julio, ponente Luís Román Puerta Luís.

STS 1679/2001, de 21 de septiembre, ponente Luís Román Puerta Luís.

Tribunal Constitucional Alemán

BVerfGE 25, 352 (Sentencia del Tribunal Constitucional alemán)

BverfGE 45, 187 (Sentencia del Tribunal Constitucional alemán)

Tribunal Supremo Italiano

S.S. n.º 4/1974 y 214/1975 del Tribunal Supremo italiano.

9. Bibliografía citada

AGUADO RENEDO, César, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, Madrid 2001.

BACIGALUPO, Enrique, "Los límites políticos del Derecho penal", en BACIGALUPO, Enrique, *Justicia penal y Derechos Fundamentales*, Madrid y Barcelona 2002.

BUENO OCHOA, Luís, *Elogio y refutación del indulto, – Estudio sobre la gracia de indulto y su regulación en el ordenamiento jurídico español*, Madrid 2007.

CALDERÓN CEREZO, Ángel/CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Derecho Penal, Parte General, Adaptado al programa de las pruebas selectivas para ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal*, Barcelona 1999.

COBO DEL ROSAL, Manuel, "La punibilidad en el sistema de la Parte General del Derecho penal español", *Estudios penales y criminológicos* (VI), 1983, pp. 49 y ss.
- *Fragmentos Penales I –Ensayos–*, Valencia 2002.

COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho Penal, Parte General*, 5.ª ed., Valencia 1999.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luís, "Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas", CPC (30), 1986, pp. 559-602.

GARCÍA MAHAMUT, Rosario, *El Indulto – Un análisis jurídico-constitucional*, Madrid y Barcelona 2004.

KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht, Ein Lehrbuch zum deutschen und europäischen Strafverfahrensrecht*, 5.^a ed., Heidelberg 1999.

LESCHE, Heiko Hartmut, *La función de la pena* (trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles), Madrid 1999

LINDE PANIAGUA, Enrique, *Amnistía e indulto en España*, Madrid 1975.

- "El indulto como acto de administración de justicia y su judicialización. - Problemas, límites y consecuencias", *Teoría y Realidad Constitucional* (5), 2000, pp. 161-174.

LLORCA ORTEGA, José, *La Ley de Indulto (Comentarios, Jurisprudencia, Formularios y notas para su reforma)*, 3.^a ed., Valencia 2003.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena Blanca, "Extinción de la responsabilidad criminal y otras consecuencias jurídicas derivadas del delito", en ZUGALDÍA ESPINAR, José M. (dir.), PÉREZ ALONSO, Esteban J. (coord.), *Derecho Penal, Parte General*, Valencia 2002.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 7.^a ed., Barcelona 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, 5.^a ed., Valencia 2002.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, con la colaboración de Fermín MORALES PRATS y José Miguel PRATS CANUT, 2.^a ed., Elcano 2000.

SOBREMONT MARTÍNEZ, José Enrique, *Indultos y amnistía*, Valencia 1980.