

EL INDULTO COMO ACTO DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y SU JUDICIALIZACIÓN. PROBLEMAS, LÍMITES Y CONSECUENCIAS

ENRIQUE LINDE PANIAGUA

Profesor Titular de Derecho Administrativo

Universidad Nacional de Educación a Distancia

1. EL INDULTO PARTICULAR COMO ACTO DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

En el Estado constitucional, que se fundamenta en la división de poderes y en el reconocimiento y consagración de los derechos fundamentales y las libertades públicas, los jueces tienen el monopolio de la administración de la Justicia, entendida ésta como el monopolio de la aplicación del Derecho. La posición que la Constitución otorga a los Jueces y Tribunales determina que sólo pueden aplicar las leyes, tal y como concibiera Montesquieu, como «instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes». De modo que, en la resolución del caso concreto, los jueces no pueden tener en consideración sino los hechos acaecidos y lo previsto en la ley sin que otras circunstancias, sea cual sea su naturaleza o transcendencia, puedan ser tenidas en cuenta en el fallo. Esta que, sin duda, es una posición rígida de los jueces ante la ley se extrema en lo que a la aplicación del Derecho penal se refiere. Por estas y por otras razones, que no es el caso traer aquí ahora, la práctica totalidad de los sistemas democráticos han preservado en el Poder ejecutivo la potestad de indultar¹. Esta circunstancia permite sostener, por encima de la literalidad de los textos constitucionales occidentales, que los Gobiernos al indultar dictan actos de

1. Sobre el indulto particular pueden verse mis trabajos *Amnistía e Indulto en España*, Madrid, 1976 y «Amnistía y conflictos sociales en la Historia de España», en la revista *Tiempo de Historia*, año 111, núm. 26, enero, 1977, pp. 5 y ss. y la bibliografía que en los mismos se cita.

administración de Justicia, actos vedados a los jueces y que resulta imprescindible prever en un Estado de Derecho, como el nuestro, que tiene como objetivo principal establecer la Justicia, tal y como proclama el Preámbulo constitucional. Así, que nuestra Constitución, como la mayoría de las occidentales, haya preservado la potestad de indultar en el Gobierno debe entenderse como una necesaria compensación de los límites que tienen los jueces en la función aplicativa del Derecho.

Por otra parte, y al margen del origen histórico del indulto, éste ahora debe leerse y encontrar su sentido en nuestra Constitución² que consagra una concepción pluralista y abierta, alejada de cualesquiera pensamiento único o unificador, contraria a la creencia de que las leyes puedan sintetizar la verdad o la Justicia. Si, como resulta evidente, la aplicación de la ley al caso concreto, especialmente en el marco del Derecho penal, puede ser injusta, la realización última del objetivo de la Justicia exige: bien judicializar el indulto; o encomendar la concesión de indultos a otra instancia, como es el Gobierno, para que lleve a cabo un acto de justicia singular, como sucede entre nosotros.

Nuestra Ley de Indulto particular de 1870, obra del más fructífero período liberal del pasado siglo, ha permanecido invariable, por mérito propio, a lo largo de más de un siglo en convivencia con la monarquía restaurada, con la república, con la dictadura y la con la monarquía parlamentaria, por haber sido capaz de establecer un equilibrio difícilmente superable entre los poderes. La citada Ley radica en el Gobierno la potestad de indultar, pero a través de un procedimiento en que necesita escuchar previa y preceptivamente al Tribunal sentenciador, al Ministerio fiscal, a la institución penitenciaria, o al agraviado si existiera, y puede el Gobierno ejercer su potestad atendiendo a la más amplia concepción de justicia material, reparando la injusticia de la aplicación de la ley al caso concreto.

Sin embargo, el Gobierno cuando indulta no vuelve a juzgar desde el Derecho, no enmienda la aplicación de la ley, ni revisa, ni enjuicia al Tribunal sentenciador, al contrario, parte de la aplicación correcta de la ley sólo que teniendo en consideración cuantas circunstancias concurren en el caso concreto, al margen de las previstas en las leyes, circunstancias que el Tribunal sentenciador no pudo valorar sino para solicitar, en su caso, el indulto. El ejercicio de esta potestad es complejo y comprometido, pero solicitado el indulto a petición de parte, por terceros, o por el Tribunal sentenciador, como es frecuente que ocurra, el Gobierno tiene que determinar si es o no justo que los condenados cumplan su condena. En una memorable sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1992³, de la que fuera ponente Enrique Ruiz Vadillo, el Tribunal confirmaba la condena impuesta, en estricta aplicación de la Ley, y a la vez solicitaba el indulto para el condenado por razones de equidad y de justicia porque al haber transcurrido cerca de catorce años desde la comisión de los hechos se estaba juzgando un hombre —el acusado— distinto en su

2. Sobre este tema puede verse mi reciente trabajo «La Clemencia (amnistía e indulto) a la luz de la jurisprudencia de los Tribunales Supremo y Constitucional y del Código penal de 1995», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año III, núm. 1823 de 15 de junio de 1998, pp. 5 a 20.

3. Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1992, Sala de lo Penal, (Repertorio Aranzadi núm. 1397/92).

circunstancia personal, familiar social, y la pena no cumple ya, o corre el riesgo de no cumplir las funciones de ejemplaridad y de rehabilitación o reinserción social del culpable, que son los fines que la justifican». Los ejemplos de indultos otorgados por todos los Gobiernos de la Democracia, de acuerdo con la Constitución de 1978 que ha proscrito la pena en su sentido retributivo (art. 25.2 de la Constitución), se cuentan por miles y son de la más variada especie. Desde indultos concedidos por razones humanitarias o a insumisos hasta los concedidos a los terroristas arrepentidos.

No cabe duda de que el indulto exige un exquisito ejercicio de responsabilidad y de generosidad por el Gobierno que ni debe ni puede entrar a juzgar de nuevo el caso concernido conforme al Derecho vigente. En lo que es una preclara manifestación del principio de división de poderes, el Gobierno debe considerar que el Derecho fue aplicado correctamente y que, en su caso, de no ser así, la rectificación del Tribunal sentenciador corresponderá hacerla el Tribunal Constitucional, o eventualmente al Tribunal de Estrasburgo. Lo que el Gobierno debe valorar ineludiblemente son las circunstancias que concurren en el caso, alegadas o no por los solicitantes del indulto, solicitado o no el indulto por los condenados, y determinar si es justo que los reos cumplan sus condenas. De ordinario el Gobierno concede indultos a ciudadanos anónimos relacionados con hechos de relevancia limitada, mientras que en otros casos la notoriedad de los implicados, la relevancia de los hechos y la transcendencia futura de los mismos exige una considerable determinación. De ello serían ejemplos los indultos concedidos a notorios terroristas, en la que se conoce como política de reinserción, o los indultos concedidos a los condenados en el *caso Marey*⁴. Escribía Montesquieu en su libro *Del espíritu de las leyes*, en el capítulo dedicado a la clemencia del Príncipe: «¿Cuándo hay que perdonar?» y respondía: «Es algo que se siente pero que no se puede prescribir». No es posible prescribir al Gobierno lo que debe hacer, pues sólo a él corresponde la responsabilidad de adoptar la decisión de indultar que no puede endosar a ninguna otra instancia, porque en nuestro sistema jurídico, por sorprendente que pueda parecer a algunos, el último reducto, la última esperanza para la realización de la Justicia está en el Gobierno de la nación.

Sin embargo, el indulto no puede ser un remedio para todo. No debiera ser utilizado como reforma, por la vía de hecho, de leyes consideradas injustas con carácter indefinido. Pues si las leyes son injustas sólo al Parlamento corresponde modificarlas o derogarlas. Puede el indulto ajustar de modo provisional la legislación a la realidad cambiante o transformada, pero no estaría justificado que el Gobierno reiterara su concesión y no afrontara la reforma de la legislación. Tampoco debiera concederse el indulto de modo masivo convirtiéndolo de hecho en indulto general, reprobado por la doctrina progresista española desde el pasado siglo y prohibido expresamente por la Constitución. Pero, no cabe duda de que, al margen de lo dicho y del cumplimiento del procedimiento de la Ley de 1870, el Gobierno tiene un gran margen para valorar el caso concreto.

4. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 2/1998, causa especial 2530/1995, de 29 de julio de 1998.

2. LA COMPATIBILIDAD DEL INDULTO PARTICULAR Y EL DERECHO A LOS RECURSOS DE LOS CONDENADOS

Bien es cierto que la concesión del indulto en la actualidad pudiera presentar algunas dificultades, como consecuencia de la existencia de otras instancias como la del Tribunal Constitucional o la del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, que hacen que las sentencias pronunciadas por el Tribunal Supremo español no puedan considerarse firmes. La Ley de 1870 no podía prever este nuevo marco y por esa razón dicha ley presupone que la aplicación del indulto tiene lugar cuando gana firmeza la sentencia que impuso la pena. Por eso es necesario conciliar la Ley de 1870 con los recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional y ante el Tribunal de Estrasburgo que, no hay que olvidar, o han sido previstos expresamente o se deducen de la Constitución de 1978.

La concesión de indultos particulares al exministro José Barrionuevo y al exsecretario de Estado Rafael Vera condenados en el *caso Marey* antes citado merece una reflexión, habida cuenta de las circunstancias que concurrieron en los mismos. En efecto, los citados: Por una parte, se manifestaron en todo momento (antes, durante y después del proceso) inocentes del delito de secuestro del Sr. Marey; en consecuencia, recurrieron la sentencia del Tribunal Supremo en amparo ante el Tribunal Constitucional; y finalmente, no solicitaron la concesión del indulto particular con posterioridad a la fecha en que se dictó sentencia por el Tribunal Supremo.

La primera cuestión que debe plantearse es si la posición de los señores Barrionuevo y Vera de no solicitar el indulto, por considerarse inocentes, y la circunstancia de recurrir la citada sentencia del Tribunal Supremo impiden la petición del indulto a los mencionados. Sobre este extremo se han puesto de manifiesto algunas opiniones de juristas relevantes, manifestadas a través de los medios de comunicación, que conectarían el indulto con el arrepentimiento y que, por tanto, excluirían la posibilidad de solicitar el indulto y en todo caso de concederlo a quienes hubieran recurrido en amparo una sentencia condenatoria del Tribunal Supremo y que, además, hubieran manifestado no sólo su falta de arrepentimiento, por considerarse inocentes, sino su negativa a pedir el indulto. Sin embargo, este planteamiento no parece tener otro fundamento que el apresurado examen de la institución del indulto particular. En efecto, como hemos puesto de manifiesto, el recurso de amparo y la petición de indulto tienen lugar en planos jurídicos diferentes y compatibles. El recurso ante el Tribunal Constitucional tiene por objeto la discrepancia de los referidos señores con la aplicación del Derecho por el Tribunal Supremo, mientras que el indulto no entra ni puede entrar en la aplicación del Derecho por los Tribunales sino que tiene en consideración la existencia de razones de justicia, equidad o utilidad pública, tal y como prevé la Ley de Indulto de 1870 en su artículo 11, que excluye la voluntad del condenado en el procedimiento de indulto.

Acreditar esta consideración parece sencillo. No es dudoso que el Tribunal sentenciador, simultáneamente a la condena, puede pedir *motu proprio* al Gobierno el indulto particular. Así lo hace con frecuencia el Tribunal Supremo acreditando la naturaleza del indulto, esto es, evidenciando que con arreglo a la ley el Tribunal tiene necesariamente que condenar y que, a la vez, la apreciación de

circunstancias que no pueden ser tenidas en cuenta al juzgar aconsejan que el condenado no cumpla total o parcialmente la condena.

Por otra parte, el Gobierno puede ordenar que se instruya expediente de indulto a favor de un determinado condenado, por entender que la concurrencia de determinadas circunstancias aconsejan reducir la condena total o parcialmente, prescindiendo de la voluntad del condenado. Sin duda, la concesión del indulto particular puede tener en consideración la actitud del condenado, su arrepentimiento o no. Pero ésta será una circunstancia más que puede ser apreciada o no, porque el arco de posibilidades que tiene el Gobierno para indultar es de una considerable amplitud. La Ley de 1870 con una sabiduría no siempre cabalmente apreciada no ha establecido un *numerus clausus* de casos en que proceda indultar y ha establecido un reducido número de requisitos para concederlo. De lo expuesto se deducen algunas consecuencias y se plantean algunos problemas a los que más adelante nos referiremos.

Se han suscitado también si en las circunstancias particulares que concurrían en Barrionuevo y Vera era posible que el indulto particular fuera solicitado por terceras personas. El artículo 19 de la mencionada Ley de Indulto, establece que puede solicitarlo «cualquiera otra persona en su nombre (se refiere al condenado), sin necesidad de poder escrito que acredite su representación». A propósito de dicho artículo debemos plantearnos qué alcance tiene la mención que se hace a que el indulto debe pedirse *en nombre del condenado*, así como si dicha mención significa que es precisa la ratificación por parte del condenado, o si el mismo, eventualmente, puede oponerse a la concesión del indulto particular. Antes dijimos que la concesión del indulto puede acordarse por el Gobierno *motu proprio* o a petición del Tribunal sentenciador, sin que concurra siquiera la voluntad del condenado bien porque ésta no se haya manifestado o porque se haya manifestado en contra y no sea tenida en cuenta ni por el Gobierno ni por el Tribunal sentenciador. Por lo demás, no se deduce de la Ley de 1870 la exigencia de que el representado actúe con poderes, ni tampoco exige la Ley de 1870 la ratificación de la petición por el condenado, de modo que no tendría sentido que se limitara la petición del indulto en el caso de que lo solicitara un tercero en nombre del condenado porque, en definitiva, lo que determinará la concesión del indulto será la valoración que de las circunstancias alegadas haga el Gobierno.

De modo que la pregunta ¿Es compatible pedir el indulto, y obtener su concesión y a la vez recurrir la sentencia condenatoria?, debe tener una respuesta afirmativa, si partimos de las consideraciones anteriores, que sitúan en planos diferentes los citados recursos que versan sobre la aplicación Derecho y el indulto que concierne exclusivamente a la justicia del caso. Así, debieran ser compatibles la posibilidad de interponer recurso contra una sentencia del Tribunal Supremo, por considerar que vulneró el derecho, y a la vez solicitar el indulto por entender (el condenado u otros terceros) que con independencia de que el derecho se haya o no aplicado correctamente, la condena es injusta. En materia de derechos fundamentales, y el derecho a la defensa lo es sin duda, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, no proceden otras interpretaciones restrictivas que las impuestas por la ley, que debe ser compatible con la Constitución. De modo que no existiendo ley alguna que impida la concesión del indulto, habiéndose planteado o pudiendo plantearse recursos ante

el Tribunal Constitucional o ante el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, no debiera considerarse que éstos pudieran ser obstáculos a su concesión.

Es más, habría que decir que el único límite a la concesión del indulto particular estaría, precisamente, en que la petición y eventual concesión del mismo pudiera ocasionar perjuicios en los intereses legítimos o en los derechos del condenado. En particular a los derechos procesales del condenado. Como antes señalaba la Ley de 1870 no pudo prever la existencia del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional ni la jurisdicción del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, de modo que en caso alguno pudiera significar el indulto que decajera el derecho del condenado al recurso de amparo o al eventual recurso ante el Tribunal de Estrasburgo. En este sentido, la cautela de los citados condenados en el *caso Marey* de manifestar que ni solicitaban ni iban a solicitar el indulto, parece innecesaria si se tienen en cuenta las anteriores consideraciones, porque es preciso atemperar el indulto al nuevo marco de protección de los derechos fundamentales y libertades públicas creado por la Constitución.

Finalmente cabe preguntarse: ¿Puede el condenado rechazar o renunciar al indulto? La respuesta parece que debe ser inmediata y sencilla: la renuncia de un derecho exige que dicho derecho exista en la esfera de quien renuncia al mismo y el indulto no es la consecuencia del ejercicio de derecho alguno, por tanto no se puede renunciar a lo que no se tiene. En efecto, no existe el derecho a ser indultado, el condenado (o terceros en su nombre, o el Tribunal sentenciador) sólo tiene derecho a solicitarlo. Tampoco tiene el condenado el derecho a cumplir la condena, que está en la esfera de las potestades del Estado. De modo que el condenado puede no solicitar el indulto y eventualmente, incluso, puede oponerse al mismo, pero son el Tribunal sentenciador y el Gobierno los que pueden tener o no tener en cuenta esta circunstancia. Es decir, que si el Gobierno observara la conveniencia de indultar a un condenado en determinadas circunstancias su concesión y eficacia no dependerían del condenado que en caso alguno, conforme a nuestro Derecho, tendría a su disposición el cumplimiento de las penas impuestas.

3. LA JUDICIALIZACIÓN FÁCTICA DEL INDULTO PARTICULAR. CONSECUENCIAS

Al inicio de estas páginas he señalado que la Ley de indulto particular de 1870 optó por un modelo gubernamental del indulto particular⁵ si bien dicho modelo da entrada a los Tribunales en el procedimiento para su concesión, y establece un límite en la potestad de apreciación del Gobierno consistente en que, para que éste conceda indulto total es imprescindible que el Tribunal sentenciador no se oponga al mismo. Es decir, el Gobierno no puede conceder un indulto total en contra del criterio del Tribunal sentenciador. Esta solución que da la Ley de 1870

5. No obstante el modelo español es uno de los más judicializados de nuestro entorno. Véase por ejemplo el modelo italiano en mi trabajo «La clemencia en Italia: Amnistía e Indulto» en *Revista de Administración Pública*, núm. 79, enero, abril, 1976, pp. 457 y ss. y la bibliografía que en el mismo se cita.

vuelve a establecer un encomiable equilibrio entre los poderes, porque según el criterio de la citada ley un indulto total del Gobierno en contra del criterio del Tribunal sentenciador expresaría un grado de discrepancia entre los poderes que no podría resolverse totalmente en favor del Gobierno. La solución de la Ley de 1870 es, por otra parte, la correcta si se tiene en cuenta que el criterio manifestado por el Tribunal sentenciador en el procedimiento de indulto no es un nuevo juicio de acuerdo a Derecho sobre el caso que ya juzgó, sino que, por el contrario, es un juicio en que el Tribunal sentenciador tiene en cuenta las circunstancias que no pudo tener en cuenta cuando juzgó de acuerdo a Derecho.

Pues bien, en los últimos tiempos el Gobierno, de modo explícito, ha dado un paso adelante en la línea de la judicialización fáctica del indulto particular al poner de manifiesto reiteradamente (la última vez a propósito de los indultos en el caso Marey) que se propone, en todo caso, seguir el criterio del informe del Tribunal sentenciador⁶. La circunstancia de que los indultos particulares no contengan una exposición de los motivos supone que esta conclusión haya que obtenerla a partir de las manifestaciones de miembros del Gobierno y en particular de su portavoz. De ser cierta la citada práctica del Gobierno cabe plantearse si la misma conculcaría la Ley de 1870 o la Constitución. Por lo que a la posible vulneración de la Ley de 1870 hay que decir que dicha práctica no vulnera precepto concreto alguno, ni siquiera el espíritu de dicha ley, siempre que el Gobierno con dicha práctica estuviera explicitando que su valoración del caso concreto es coincidente con la del Tribunal sentenciador.

Cosa diferente sería la renuncia del Gobierno a valorar el caso concreto. Porque, no es lo mismo que se exprese por el Gobierno la coincidencia de criterio con el Tribunal sentenciador, que el Gobierno renuncie a hacer el juicio que sólo él puede hacer. Si sucediera esto último se convertiría la resolución gubernamental en un acto de trámite en que el Gobierno conservaría una potestad formal vacía de contenido material. ¿Sería esta modalidad de judicialización fáctica del indulto particular compatible con la Constitución? Planteada la cuestión a este nivel presenta mayores dificultades para resolverla. En efecto, ni el Gobierno ni los demás poderes pueden hacer un uso caprichoso, ni renuncia, ni alteración, de la distribución de las potestades y competencias atribuidas por la Constitución. Una de las claves de la comprensión de la Constitución que ha llevado a cabo el Tribunal Constitucional es la diferencia entre poder constituyente y poder constituido y la consecuencia de que el poder constituido no puede alterar el sistema de división de poderes⁷. La interpretación de la Constitución como norma abierta tendría su límite, precisamente, en la indisponibilidad por el poder constituido del sistema de atribución de competencias. Por tanto, la judicialización fáctica del indulto particular, entendida como la

6. En este sentido se manifestó el Ministro portavoz del Gobierno, véase al efecto su manifestaciones en la rueda de prensa que tuvo lugar al finalizar el Consejo de Ministros del 23 de diciembre de 1998, recogidas en la prensa del 24 de diciembre de 1998 en *Diario 16*, p. 6 y ss., *La Vanguardia*, pp. 13 y ss., *El País*, pp. 15 y ss. y *El Mundo*, pp. 6 y ss.

7. Vid. al respecto la Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de agosto de 1983, núm. 76/1983, en su Fundamento Jurídico 4.º.

mera sanción por el Gobierno del criterio del Tribunal sentenciador, sería contraria a la Constitución en la medida en que esta configura al indulto como un acto de Gobierno, que debe serlo formal y materialmente. De modo que el Gobierno podría expresar su conformidad con el criterio del Tribunal sentenciador, pero no puede renunciar a expresar su criterio material (aunque sea coincidente con el del Tribunal), es decir, no puede dejar de ejercer su potestad material y formalmente.

Por otra parte, en la medida en que el indulto es un acto del Gobierno se deduce expresamente de los artículos 62,i) y 64.1 de la Constitución que no sería posible la judicialización del indulto por una ley que lo regulara. En efecto, la Constitución prevé expresamente que el ejercicio de la gracia corresponde al Rey y el acto de concesión debe ser en todo caso refrendado por el Presidente o un Ministro del Gobierno, de modo que no sería posible que la ley excluyera o prohibiera el indulto ni que lo desvinculara del Gobierno. No parece dudoso que en esta medida la ley que judicializara el indulto podría ser objeto de recurso de inconstitucionalidad.

Volviendo al tema de la judicialización fáctica del indulto particular en la modalidad de renuncia del Gobierno al ejercicio material de la potestad, hay que señalar, de compartirse la tesis expuesta más arriba (según la que dicha modalidad vulneraría la Constitución), que no obstante dicha vulneración no sería impugnabile directamente ante el Tribunal Constitucional, de acuerdo con la vigente Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Bien es cierto que el artículo 161.1d) de la Constitución permitiría, eventualmente, instrumentar un sistema de recurso directo contra la vulneración del sistema de distribución de competencias por los poderes, que incluyera el de omisión del ejercicio de una potestad atribuida por la Constitución, o el de vulneración del contenido material de una potestad atribuida por la Constitución. En todo caso, y partiendo de la base del uso prudente que debe darse a las posibilidades que la Constitución ofrece para configurar la competencia del Tribunal Constitucional, debiera someterse a reflexión si nuestro sistema garantiza de modo suficiente el control del incumplimiento por omisión de la Constitución por los poderes, al margen del control parlamentario y de la jurisdicción contencioso-administrativa. Obviamente ésta no puede ser una cuestión que afrontemos aquí, salvo en lo relativo a las consecuencias que puede tener desde la perspectiva del principio de igualdad y del control parlamentario del Gobierno.

4. INDULTO PARTICULAR Y PRINCIPIO DE IGUALDAD

La cuestión que cabe plantearse es la de cómo afectan a la concesión de indultos, (en particular en la modalidad de gracia judicializada) los principios de igualdad y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución⁸.

La concesión de indultos no puede considerarse actividad administrativa del artículo 106 de la Constitución y por tanto, en cuanto tal, no estaría sujeta al control

8. La aplicación del principio de igualdad al indulto particular (grazia) ha sido planteada por la doctrina italiana. Ver al respecto la bibliografía citada en mi trabajo «La Clemencia en Italia: Amnistía e

de la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero: ¿Acaso no está sujeta al control de la jurisdicción contencioso-administrativa la actuación administrativa o judicial que integra el expediente de indulto hasta que éste llega a la mesa del Consejo de Ministros?, o, ¿acaso las irregularidades en el expediente administrativo, que pueden ser la causa de una denegación de indulto, no son impugnables ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa? No cabe duda de que, al menos, los actos administrativos que contienen un expediente de indulto pueden ser objeto de impugnación, aunque no lo fuera el acto mismo de concesión, pues no existe argumento alguno que excluya del control de la citada Jurisdicción el procedimiento que para la concesión del indulto regula la Ley de 1870 y demás normas reglamentarias.

Por otra parte aun no siendo la concesión de indultos actividad administrativa, el artículo 2. a) de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio, establece que dicha jurisdicción conocerá los elementos reglados de los actos del Gobierno cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos. A mi juicio el citado artículo de la Ley 29/1998 no supone un control jurisdiccional suplementario al que se deduce del control jurisdiccional del procedimiento de concesión del indulto al que nos referimos más arriba, sino más bien su confirmación. La circunstancia de que el control de los elementos reglados de los actos del Gobierno sea cual sea su naturaleza constituya una de las innovaciones introducidas por la citada Ley 29/1998 en artículo 2.a) debe interpretarse en el doble sentido. De una parte los elementos reglados de cualesquiera actividad del Gobierno o de la Administración deben estar sujetos al control jurisdiccional, de modo que la naturaleza de un acto como acto de Gobierno no blindaría o, si se prefiere, no transmitiría su naturaleza y propiedades a la totalidad del procedimiento y sucesivos actos que conducen finalmente al acto de Gobierno. De otra parte el citado precepto evidencia que hay elementos de los actos de Gobierno que no son susceptibles de control jurisdiccional. La concesión o no del indulto particular sería, precisamente, y de acuerdo con el artículo 2.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998, acto de Gobierno exento de control jurisdiccional, mientras que con arreglo a dicha Ley los actos que tienen lugar a lo largo del procedimiento de indulto particular serían controlables por la citada Jurisdicción, control que puede tener en consideración, entre otros, el principio de igualdad.

Son numerosos los problemas que plantea la interpretación de la Ley de indulto de 1870, y en particular el procedimiento que en la misma se regula, a la luz de la legislación vigente que desarrolla la Constitución en lo relativo, entre otros extremos, al procedimiento administrativo, recursos ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y competencias de los jueces y Tribunales en lo que a la ejecución de las penas se refiere. Pero, obviamente, afrontar dichos problemas excedería con mucho el objetivo de este trabajo, por lo que nos quedaremos en la mera indicación de su existencia.

5. EL CONTROL PARLAMENTARIO DE LA POTESTAD DE CONCEDER INDULTOS

Dicho lo anterior hay que plantearse si en lo que concierne al acto mismo de concesión debe tenerse en cuenta el artículo 9.3 de la Constitución, que prescribe la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, o, por el contrario, la concesión de indultos sería un acto de Gobierno exento. Nada parece indicar que el ejercicio del derecho de gracia no esté sometido a la preceptuado en el artículo 9.3 del texto constitucional. Sin embargo, y a salvo de lo dicho anteriormente, hay que descartar como cauce procesal para el control del cumplimiento del citado artículo 9.3 la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que convertiría el acto de concesión o denegación del indulto en acto administrativo, cuando lo que se deduce del referido artículo 2.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa es justamente lo contrario. Pero esta consideración no debiera llevar a la conclusión inmediata de que, finalmente, la Ley de la Jurisdicción 29/1998 consagrara la arbitrariedad de los actos del Gobierno. Veamos, ¿podría el Gobierno, por ejemplo, ante supuestos iguales, indultar o no, o no tener en consideración el orden cronológico de solicitudes de indulto, o que en unos casos siguiera el criterio del Tribunal sentenciador y en otros no? En definitiva: ¿La potestad de indultar está limitada o no por el principio de igualdad en relación con la interdicción de la arbitrariedad que prescribe la Constitución?

Con demasiada frecuencia se ha situado el debate sobre la discrecionalidad del poder en el marco de la Administración y se ha pretendido reducir toda actividad del poder ejecutivo a actos administrativos, o de otra naturaleza, controlables por los Tribunales ordinarios. Sin embargo, ese reduccionismo no sólo es impracticable desde la propia Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que reconoce la existencia de actos del Gobierno en que el control tan sólo alcanza los elementos reglados de los mismos, sino que, y esto es lo relevante, de la Constitución se deduce expresamente la existencia de actos de Gobierno irreductibles a la naturaleza de acto administrativo. Así, el acto del Gobierno consistente en conceder indultos particulares no sería, en cuanto tal, y a salvo de lo dicho, controlable por los Tribunales ordinarios, lo que no significa que esté exento de control parlamentario que haga virtual el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

El indulto particular en cuanto acto de Gobierno está sujeto al control parlamentario. La cuestión no ofrece dudas en su consideración de principio⁹, debiendo atribuirse a dicho control la finalidad prevista en el artículo 9.3 de la Constitución de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Probablemente la solución que la Constitución ofrece no sea satisfactoria para quienes consideran que el único control satisfactorio es el que proporcionan los Tribunales de justicia. Sin embargo, creo que este ejemplo, como otros tantos, debe servir para alcanzar la conclusión

9. Ver al respecto J.F. López Aguilar, «Una reflexión a propósito del control parlamentario del ejercicio del derecho de gracia» en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 37, primer cuatrimestre, 1996, pp. 329 y ss.

contraria. Esto es, la transferencia a un órgano judicial del control de la potestad de indultar no sólo no vendría consagrada en la Constitución, que ha previsto en ocasiones controles exclusivamente políticos para actos de Gobierno, excluyendo incluso al Tribunal Constitucional, sino que como ha escrito recientemente P. de Vega¹⁰ «La judicialización de la política terminaría así convirtiéndose en la más escandalosa politización de la justicia», lo que no sólo sería incompatible con el papel que la Constitución asigna a los jueces y Tribunales, sino que atentaría al sistema de equilibrios y distribución de competencias que la Constitución ha concebido.

6. INDULTO PARTICULAR Y RESPONSABILIDAD CRIMINAL DE LOS MIEMBROS DEL GOBIERNO

A) LAS RAZONES DE LA PROHIBICIÓN

El artículo 102.3 de la Constitución ha venido a establecer una limitación al ejercicio del indulto particular, que el citado precepto denomina *prerrogativa real de gracia*, en el sentido de que no puede concederse indulto particular ni al Presidente ni demás miembros del Gobierno, cuando incurran en responsabilidad criminal. Dicho precepto no sufrió modificación alguna a lo largo del proceso de elaboración de la Constitución, en que no fue objeto de debate¹¹, lo que como veremos vendrá a dificultar su comprensión.

El único precedente del artículo 102.3 en nuestro Derecho constitucional es el del artículo 90 de la Constitución de 1869, que limitaba la concesión de indultos a los Ministros condenados, en el sentido de exigir que la petición de indulto procediera de uno de los cuerpos Colegisladores¹².

La prohibición establecida en el artículo 102.3 está justificada a juicio de la mayoría de la doctrina¹³, si bien los comentarios a dicho artículo son tan sucintos

10. Vid. P. de VEGA GARCÍA, «Prologo» de *Constitución Española de 27 de diciembre de 1978*, Y ed., Biblioteca Nueva, Madrid, 1997, p. XXVIII.

11. Tan sólo pueden constatarse las enmiendas del Grupo Mixto del Congreso (enmienda núm. 537) que postulaba la armonización terminológica del precepto con el artículo 62,i, en donde se introducía la expresión *indulto particular* en vez de *prerrogativa real de gracia* y de otra parte la enmienda del senador Xirinacs que se limitaba a proponer la supresión de la palabra *real* en el citado artículo.

12. En sentido similar se expresa el artículo 111 de la Constitución de Bélgica de 1994 (que tiene su antecedente en el artículo 91 de la Constitución de 1831), dicho precepto dice así: «No podrá el Rey indultar a ministros o a miembros de Gobiernos de comunidad o de región condenados por el Tribunal de Casación, sino por petición de la Cámara de Representantes o del Consejo de que se trate». En esta misma línea se expresa el artículo 24 de la Constitución de Dinamarca de 1953, que dice así: «El Rey tendrá el derecho de indulto y amnistía, si bien no podrá indultar a los Ministros de las penas que les sean impuestas por el Alto Tribunal de Justicia, a no ser con el consentimiento del Parlamento».

13. Al respecto puede verse: O. ALZAGA, *La Constitución Española de 1978 (Comentario sistemático)*, Madrid, 1978, art. 103.2; E. LINDE PANIAGUA, «Amnistía e indulto en la Constitución española», en *Boletín Informativo del Departamento de Derecho Político e Internacional*, UNED, núm. 2, invierno 1978/79, p. 69; F. SATAOLALLA, en la obra colectiva *Comentarios a la Constitución (dir. Garrido Falla)*; 2.ª edición, Madrid, 1985, art. 102, p. 1.420; G. Rodríguez Mourullo, en la obra colectiva *Comentarios a la Constitución Española de 1978 (dir. O. Alzaga)*, 2 edición, Madrid, 1998, art. 102, pp. 378-379.

que apenas se limitan a reproducir dicho precepto. La justificación más extendida del precepto que estudiamos tiene explícita o implícitamente en cuenta el régimen jurídico vigente para el indulto particular en el momento en que se elaboró la Constitución de 1978 y los preceptos de ésta, en particular sus artículos 62, f y 64. En efecto, con arreglo a dicho régimen, previsto en la Ley de Indulto particular de 1870, el indulto se tramita por el Ministro de Justicia y se acuerda en Consejo de Ministros (la reforma de la Ley de 1870 llevada a cabo por la Ley 1/1998, no ha hecho otra cosa en lo que ahora nos concierne que adaptar la Ley a la Constitución). De modo que el apartado 3 del artículo 102 de la Constitución evitaría que el Ministerio de Justicia tramitara un indulto a favor de otro Ministro o del Presidente del Gobierno y que, tras la deliberación del Consejo de Ministros, lo propusiera al Rey que no tendría otro remedio que otorgarlo cual acto debido, con el refrendo del propio Ministro de Justicia.

La justificación aludida es sencilla pero esclarecedora. La Constitución estaría impidiendo que el Gobierno fuera juez y parte.

No obstante, la prohibición del artículo 102.3 de la Constitución pudiera tener otras finalidades, con independencia de la regulación vigente del indulto particular y, por tanto, aun en el caso de que el indulto saliera de la órbita de los poderes del Gobierno. Es necesario aclarar de inmediato que tal posibilidad, en particular la radical judicialización del indulto a que antes me he referido, presenta dificultades difícilmente superables en la propia Constitución que prevé, en su artículo 62 i, que el derecho de gracia corresponde al Rey, cuyos actos son necesariamente refrendados por el Presidente del Gobierno o los Ministros (a excepción del refrendo del Presidente del Congreso previsto en el artículo 99 de la Constitución), por lo que situar el refrendo en otro órgano o poder constitucional requeriría la reforma de la Constitución. Pues bien, obviando dicha circunstancia, a mi juicio nada impediría, fuera cual fuera la regulación del indulto particular y la participación del Gobierno en su tramitación, que la Constitución diera un tratamiento especialmente riguroso a los miembros del Gobierno, precisamente en consideración a la alta responsabilidad que tienen encomendada todos y cada uno de sus miembros. Puede parecer un tratamiento muy riguroso que no encuentra antecedente alguno en el Derecho comparado de los Estados de nuestro entorno, pero no dejaría por ello de ser una medida saludable para la moralización de lo público.

B) EL ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN

Si entramos a analizar el artículo 102 en su conjunto obtendremos algunas dudas sobre el alcance de la prohibición que contiene su apartado 3. A tal efecto analizaremos el apartado 3 en relación con los apartados 1 y 2, todos ellos del artículo 102 de la Constitución. El citado apartado 1 dice : «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», y, por su parte, el apartado 3 del mismo artículo expresa: «La prerrogativa real de gracia no será aplicable a ninguno de los

supuestos del presente artículo». Una primera lectura conjunta de ambos apartados podría conducir a la conclusión de que declarada la responsabilidad criminal del Presidente u otros miembros del Gobierno, dicha responsabilidad no podría ser objeto de indulto. Pero obviamente, los citados preceptos no dicen exactamente lo concluido. En efecto, el apartado 3 del artículo 102 se refiere *a los supuestos del presente artículo y los supuestos no tienen una lectura clara.*

Así, la primera cuestión a dilucidar es si lo determinante en el supuesto de hecho a que se refiere el apartado 1 del artículo 102 son los hechos determinantes de la responsabilidad y el momento en que se produjeron, o si lo determinante es el cargo, o si lo son ambos.

Si la aplicación del apartado 3 al apartado 1 del artículo 102 dependiera de los hechos y del momento en que produjeron, esto significaría que la Constitución pretendería que la prohibición del apartado 3 del artículo 102, afectara, en todo caso, a los hechos delictivos cometidos por el Presidente del Gobierno, o por otros miembros del mismo, durante el desempeño de sus cargos (con independencia de que los delitos se cometieran en ejercicio del cargo). De modo que sería indiferente que la responsabilidad se exigiera durante el período de tiempo del desempeño del cargo por el afectado o con posterioridad, así como que la sentencia se produjera durante el ejercicio del cargo o una vez cesado en el mismo. Los hechos y la circunstancia de que fueran cometidos durante el desempeño del cargo serían determinantes. Una redacción acorde a esta interpretación hubiera sido, por ejemplo: «La responsabilidad criminal por hechos cometidos durante el desempeño de sus cargos por el Presidente u otros miembros del Gobierno, sea cual fuere el momento en que recaiga la sentencia condenatoria, no podrá ser objeto de indulto». Pero resulta evidente que ni esa es la redacción del apartado 3 del artículo 102 de la Constitución, ni puede decirse que la lectura conjunta de dicho apartado junto al apartado 1 del mismo artículo lleve de modo indubitado a una interpretación acorde con la redacción propuesta.

Es más, la lectura conjunta de los apartados 1 y 3 del artículo 102 de la Constitución admite, al menos, una segunda interpretación según la que el régimen privilegiado del apartado del artículo 102, así como la prohibición del apartado 3 del mismo artículo, vienen determinados exclusivamente por el desempeño del cargo. Esto es, la Constitución privilegiaría primero (fuero especial del apartado 1) y prohibiría después (apartado 3) por considerar improcedente que el Presidente y los Ministros, en ejercicio de sus cargos, puedan ser beneficiarios de indultos, habida cuenta del régimen jurídico que para el mismo se desprende de la Constitución (art. 62. 1 y 64) y de la Ley de Indulto Particular de 1870. Así, la condición de Presidente o de Ministro es la que impediría el indulto, con independencia de que los hechos objeto de la responsabilidad hubieran sido cometidos antes o durante el desempeño del cargo. En consecuencia con ello, tras el cese o la dimisión en sus cargos el ex Presidente o los ex Ministros podrían ser beneficiarios de indultos, por delitos cometidos antes o durante el ejercicio del cargo. Pero para llegar a esta conclusión hubiera sido bien fácil que el apartado 3 del artículo 102 de la Constitución hubiera expresado algo similar a: «El Presidente y los demás miembros del Gobierno durante el ejercicio de sus cargos no podrán beneficiarse

de la concesión de indultos», lo que obviamente no dice el apartado 3 del artículo 102 de la Constitución.

Las lecturas que hemos hecho del apartado 3 del artículo 102 de la Constitución a mi juicio no son plenamente satisfactorias y se prestan a desviaciones. En efecto, si consideráramos adecuada la primera lectura, resultaría que tanto el trato privilegiado (apartado 1 del artículo 102 C.) como la prohibición de indulto acompañarían al concernido una vez cesado en el cargo. Así, a la prohibición del apartado 3 del artículo 102 le sería indiferente la intervención del Gobierno en la tramitación del indulto. Se trataría de una prohibición que extremaría el rigor en relación con los miembros del Ejecutivo en consideración a su especial relevancia y responsabilidad: Una prohibición moralizante, ejemplificadora o aleccionadora. Sin embargo, dicha solución se enfrenta en la actualidad a la interpretación que el Tribunal Supremo está haciendo de otros regímenes privilegiados, como son los que se derivan para diputados y senadores del apartado 3 del artículo 71 de la Constitución, que el citado Tribunal atribuye exclusivamente a los que desempeñan los cargos en el momento del procesamiento y durante el mismo. Hasta el punto de que el cese o dimisión en el cargo hace decaer de modo automático el fuero privilegiado. Esta circunstancia introduciría un desequilibrio evidente en el régimen jurídico que se deduciría de los apartados 1 y 3 del citado artículo 102. Esto es, si ambos preceptos deben interpretarse conjunta y armónicamente, no debiera ser posible que el fuero dependa del cargo, y en caso alguno del momento en que se cometieran de los hechos, mientras que la prohibición seguiría vigente con posterioridad al cese en el cargo.

La segunda de las lecturas entendería que tanto el privilegio como la prohibición van implícitas al cargo de Presidente o de Ministro. Pero esta lectura no deja de presentar problemas. Veamos uno de ellos. ¿Podría interpretarse el artículo 102 en sus apartados 1 y 3 en el sentido de que perdida la condición de miembro del Gobierno por un condenado, desaparece en todo caso la prohibición de concederle el beneficio del indulto? Así, por ejemplo, consideremos que se procesa a un Ministro por la supuesta comisión de un delito y que posteriormente, siendo el condenado Ministro, recaiga sentencia condenatoria. Consideremos, igualmente, que la pena impuesta sea la de inhabilitación para el ejercicio de cargo público prevista por el artículo 11 de la Ley del Gobierno, interpretado a *sensu contrario*, como causa del cese de un Ministro, razón por la que efectivamente es cesado. Según la lectura que ahora comentamos del precepto el exMinistro podría ser indultado de modo inmediato, parcial o totalmente. La conclusión es paradójica, porque el cese como Ministro es ineludible por virtud de la aplicación del artículo 11 de la Ley del Gobierno, de modo que la prohibición del artículo 102.3 carecería de eficacia pues el cese a la postre sería condición indispensable y beneficiosa para obtener, eventualmente, el indulto. Sin duda son muchos más los ejemplos que podríamos poner que conducirían a resultados paradójicos, pero no por ello debe considerarse invalidada dicha lectura que, en todo caso, impediría que el Presidente y los Ministros pudieran beneficiarse de la concesión de indultos durante el ejercicio de sus cargos.

Esta lectura sería, por otra parte, la interpretación que habrían hecho el Gobierno, el Fiscal y el Tribunal sentenciador en el caso del exMinistro Barriónuevo, si bien es cierto que la circunstancia de que el Gobierno que indultó a Barriónuevo fuera diferente en el tiempo y en el signo al que integrara Barriónuevo relativiza las apreciaciones manifestadas anteriormente. Probablemente, si tenemos en cuenta las dificultades interpretativas del precepto, el Gobierno, y el Tribunal sentenciador, optaron por la solución más prudente que, en este caso, fue la más favorable al reo.

La interpretación del apartado 2 en relación con el 3 del artículo 102 de la Constitución no añade nuevos problemas a los ya analizados. En efecto, dicho apartado establece «Si la acusación fuere por traición o por cualquier delito contra la seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones, sólo podrá ser planteada por iniciativa de la cuarta parte de los miembros del Congreso, y con la aprobación de la mayoría absoluta del mismo». Por tanto, dicho precepto no hace otra cosa que añadir un requisito procedimental a la exigencia de responsabilidad al Presidente y los demás miembros del Gobierno, en el caso de que se les exija responsabilidad por la comisión de los delitos de traición o contra la seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones. Bien es cierto que, en este caso, se trata de delitos en ejercicio de las funciones inherentes al cargo, lo que circunscribe el supuesto de hecho del apartado 3 del artículo 102 al período de ejercicio del cargo. Si bien, por lo demás, los interrogantes que planteábamos al interpretar el apartado 1 en relación con el 3 del citado artículo 102 son aplicables a este supuesto, por lo que las damos aquí por reproducidas.

La técnica utilizada por el apartado 3 del artículo 102 de la Constitución de remitirse a otros apartados de naturaleza procedimental, del mismo artículo, para integrar el supuesto de hecho al que se refiere hace que la interpretación de dicho precepto sea especialmente difícil. A esta circunstancia se añaden la poca luz aportada a la comprensión del precepto durante los debates constituyentes, así como los inexistentes precedentes de dicho precepto en el Derecho constitucional español y comparado.